

INTRODUCTION

À l'occasion d'un colloque sur la justice, M. Jean Denis Bredin rappelait que «l'indépendance nous promet une justice juste »¹. En plus, il ne fait aucun doute aujourd'hui que l'arbitrage participe de la justice à part entière². Les textes, la jurisprudence et la doctrine le considèrent comme une forme de justice³. À ce titre, la question d'indépendance des arbitres aurait mérité une étude.

Le développement de l'arbitrage dans les relations commerciales et spécialement dans les relations du commerce international, est relativement récent. Néanmoins l'arbitrage est une institution très ancienne; « Non, l'arbitrage n'est pas en plein développement depuis quelques années; il est en évolution constante depuis près de quatre mille ans » exprime M. Clay dans sa thèse⁴, mais jusqu'au milieu du XXème siècle il n'a guère été pratiqué, dans les rapports entre particuliers, que pour résoudre des conflits entre gens appelés à vivre ensemble ou soucieux de maintenir entre eux de bonnes relations: membres d'une même famille, voisins, associés etc. Il n'était envisagé et organisé que lors qu'une dispute s'est élevée et le rendait nécessaire; on choisissait alors comme arbitre une personne, connue des parties, de qui il apparaissait comme hautement vraisemblable que, pour des raisons diverses, les parties respecteraient la décision⁵.

On trouve même des références explicites de l'arbitrage dans le Coran: « Si vous craignez la séparation entre des conjoints, envoyez un arbitre de la famille de l'époux,

¹ J.D. BREDIN: « Qu'est-ce que l'indépendance du juge? », Justices, janvier/juin 1996, p. 161.

² Bruno OPPETIT: «Théorie de l'arbitrage», PUF 1998.

³ Charles JARROSSON: «La Notion d'Arbitrage », LGDJ 1987, p.29.

⁴ Thomas CLAY: « L'arbitre », Nouvelle Bibliothèques de thèses, 2001, p. 1.

⁵ René DAVID: « L'arbitrage dans le commerce international », Economica 1982, p. 5

et un arbitre de la famille de l'épouse. Dieu rétablira la concorde entre eux deux, s'ils veulent se réconcilier »⁶ et dans la Bible: « Jacob s'échauffa et prit Laban a partie; il s'écria: « Quelle est ma faute? Quel est mon délit, que tu fulmines contre moi? ». En fouillant toutes mes affaires, as-tu trouvé une seule des affaires de ta maison? Produis-la en présence de mes frères et de tes frères, et qu'ils décident entre nous deux! »⁷.

À l'exception de courtes périodes au cours desquelles il était moins en vue, l'arbitrage n'a cessé d'être un mode privilégié de règlements des litiges au même titre que ce qu'il est aujourd'hui, ni plus ni moins⁸.

Le phénomène arbitral est bien plus ancien et bien plus important. Comme l'a relevé M. Matray: « L'arbitrage appartient au passé, au présent et à l'avenir. Ce qui frappe en lui, c'est sa permanence »⁹.

Paradoxalement les lois ne définissent pas l'arbitrage, mais seulement son caractère international. Comme le relève M. Jarrosson¹⁰, « l'arbitrage n'a pas de définition légale ». Ainsi il y consacre sa thèse et après l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence aboutit à la définition suivante¹¹: « L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci ».

Dès 1395, un auteur définissait l'arbitrage comme: « Une volonté ou une puissance donnée à aucun, qui entreprendre le veut, à déterminer ou à prononcer, sur le débat des parties, ce que raison ordonne »¹².

D'après la définition proposée par M. David¹³, l'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs

⁶ Coran: Sourate des Femmes, verset 35. Voir aussi verset 45.

⁷ La Bible Ancien Testament: Exode, 18, 15; Deutéronome, 16, 17. Adde Genèse (31, 36 – 37).

⁸ Th. CLAY prouve sa phrase et fait un voyage historique de l'arbitrage dans l'introduction de sa thèse. Voir L'arbitre, op. cit., p. 1-37.

⁹ L. MATRAY: « Quelques problèmes de l'arbitrage commercial international » in L'arbitrage, Mélanges Albert Fettweis, Bruxelles 1989, p. 289.

¹⁰ Charles JARROSSON: « La notion d'arbitrage », N. 779, p. 368,

¹¹ Ch. JARROSSON, op. cit., N. 785, p. 372.

¹² J. BOUTILLIER: « Somme rural ou grand coutumier général de pratique civile et canon, L. Charondas Le Caron », édition de 1621, Livre 3, Titre 2.

¹³ René DAVID: « L'arbitrage dans le Commerce International », Economica 1982, p. 9.

personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État. MM. Fouchard, Gaillard et Goldman¹⁴ reprennent cette définition ainsi que celle de Jarrosson.

D'après la définition de M. Beguin « l'arbitrage est un procédé de solution des litiges qui consiste à confier, par convention, le pouvoir de trancher ces litiges à une ou plusieurs personnes privées »¹⁵.

Bref, on ne constate pas de différence fondamentale entre les définitions, plus ou moins précises, données par ces auteurs. Nous nous en tiendrons dès lors avec MM. Poudret et Besson à la définition suivante: « L'arbitrage est un mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers choisis directement ou indirectement par les parties et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant des effets analogues à ceux d'un jugement »¹⁶.

Selon ces définitions on peut préciser que l'arbitrage est un mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers appelés arbitres. En effet les arbitres ne sont pas titulaires de la puissance publique et ne sont pas investis d'un pouvoir juridictionnel préalable, mais le tiennent de l'accord des parties.

D'après la définition de Motulsky aussi: « l'arbitrage est une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle »¹⁷. On retrouve la même approche dans l'ouvrage de M. Court de Fontmichel¹⁸, qui dit : « ... d'un point de vue technique, à la différence du juge étatique, l'arbitre est et demeure un juge privé dont les pouvoirs juridictionnels sont conférés par les parties au litige, parties dont le comportement même est constitutif de l'illicite ».

¹⁴ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN: «Traité de l'arbitrage commercial international » Litec 1996, N. 7, p. 12.

¹⁵ Jacques BEGUIN: « L'arbitrage commercial international », Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal 1987, p. 3.

¹⁶ Jean François POUDRET, Sébastien BESSON: «Droit Comparé de l'arbitrage international », LGDJ, Genève 2002, p. 3.

¹⁷ Ecrits, t. 2: « Etudes et notes sur l'arbitrage », Dalloz, 1974, p.6.

¹⁸ M. Court FONTMICHEL: « L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international », Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 29.

À l'inverse de ce qui légitime le juge étatique, c'est l'investiture directement reçue de ceux qui lui demandent de trancher le litige qui fonde pour l'arbitre la légitimité de son pouvoir juridictionnel. Le contrat permet au surplus de justifier que la justice rendue par l'arbitre soit imparfaite, c'est à dire à dimension humaine et non pas divine, puis qu'elle n'émane en définitive que d'un cocontractant.

À côté du caractère conventionnel de l'arbitrage, les arbitres sont investis du pouvoir de trancher à la place des juridictions étatiques et de mettre ainsi définitivement fin au litige par une sentence ayant des effets analogues à un jugement. La plupart des auteurs soulignent ce caractère juridictionnel ou contraignant de la mission des arbitres¹⁹, et même si Oppetit a toutefois émis des doutes au sujet du caractère exclusivement juridictionnel de l'arbitrage, la sentence n'en demeure pas moins toujours contraignante²⁰. C'est ce caractère qui permet de distinguer l'arbitrage de plusieurs institutions voisines (ex: la médiation, la conciliation etc.).

Il est presque universellement admis que, du point de vue matériel, l'arbitre exerce une mission juridictionnelle. Cette constatation peut permettre de le considérer comme une juridiction privée mais pas comme une juridiction de l'État. Au contraire du juge, l'arbitre n'a pas de for: la juridiction qu'il incarne n'a point d'ancrage nécessaire dans le droit d'un État alors que le juge est indissolublement lié à l'État au nom duquel il rend la justice. Selon Henri Batiffol²¹ aussi: « Rendre la justice est une fonction essentielle de l'État, et tout le droit judiciaire est conçu pour une justice rendue au nom de l'autorité publique ». C'est pourquoi dans la tradition française²², comme dans la tradition turque la fonction de juger est considérée comme un attribut du souverain.

Aristote a distingué fréquemment le juge de l'arbitre: « Être équitable (...) c'est préférer s'en remettre à un arbitrage plutôt qu'à un jugement des tribunaux; car l'arbitre voit l'équité; le juge ne voit que la loi; l'arbitre n'a d'ailleurs, été inventé que pour donner force à l'équité »²³.

¹⁹ Dans ce sens Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., N. 12 – 14, p. 14-15.

²⁰ Bruno OPPETIT: « Arbitrage institutionnel et arbitrage contractuel », Rev. arb., 1977, p. 315-326.

²¹ Henri BATIFFOL: « Le Comité Français de l'Arbitrage », Rev. arb., 1955, p. 2.

²² B. OPPETIT: « Justice étatique et justice arbitrale », Etudes offertes à P. Bellet, p. 418.

²³ Aristote: « Rhétorique », I, 1374b, Trad: M. Dufour: « Les Belles Lettres », 1932.

Comme expriment M. Jacquet et M. Delebecque²⁴, les arbitres quelle que soit leur appartenance professionnelle, ne sont considérés que comme des personnes privées. Ils ne jouissent donc d'aucune investiture permanente c'est pourquoi ils ne peuvent pas prendre place dans la hiérarchie judiciaire. Ils ne gardent qu'exceptionnellement les pouvoirs qui sont les siens après avoir rendu sa sentence, quand comme le prévoit l'article 1475 alinéa 2 Nouveau Code Procédure Civil (NCPC), il lui est demandé d'interpréter sa sentence, d'en réparer les erreurs et omissions matérielles ou encore de la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de la demande. L'arbitre exerce donc une mission juridictionnelle mais il ne peut s'appuyer sur le critère organique de l'existence d'une structure permanente qui ferait de lui une juridiction étatique.

Puisque l'arbitre exerce une mission juridictionnelle il doit remplir certaines conditions pour accéder à une telle condition c'est à dire pour accéder à son propre statut. L'arbitre devra donc disposer d'un certain nombre de qualités propres à sa mission juridictionnelle. On peut citer plusieurs qualités mais comme dit Alexandre Kojève: « Un homme aura beau être intelligent, énergique prévoyant, beau ou autre chose, on ne le choisira pas s'il est présumé être partial. (...) Inversement si on le sait "juste" on peut fermer les yeux sur tous ses autres défauts »²⁵. Ces propos de M. Kojève soulignent que l'indépendance de celui qui juge est la première de ses qualités. (En revanche), l'indépendance est l'attribution première du pouvoir juridictionnel car elle lui est consubstantielle; elle est comme le dit la jurisprudence française l'« essence » même de sa fonction juridictionnelle²⁶. Aussi comme exprime M. Bredin: « de même que les magistrats, gardiens des ordres juridiques nationaux, les arbitres se doivent d'être libres, indépendants s'ils souhaitent accomplir correctement leur mission de justice »²⁷. C'est donc une priorité à celle-ci que l'indépendance doit être rattachée.

C'est la raison pour laquelle l'indépendance, devoir aussi bien qu'obligation de l'arbitre sera examinée lors de notre étude. Dans la première partie de notre mémoire nous allons

²⁴ Jean Michel JACQUET, Philippe DELEBECQUE: « Droit du commerce international », op. cit., p. 366.

²⁵ A. KOJEVE: « Esquisse d'une phénomologie du droit », Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1943, édition. Posthume, 1981, p.194

²⁶ Exemples: Paris 2 juin 1989 (Germanco), Rev. arb. 1991, p.87, obs. Cl. Reymond in Rev. arb., 1991, p.3; Paris 28 juin 1991 (KFTCIC), Rev. arb., 1992, p.568, Paris 12 janvier 1999 (SA Milan Presse), Rev. arb. 1999, p.381.

²⁷ J. D. BREDIN: « La légitimité des juges », in Etre Juge Demain, recueil d'articles, Presses Universitaires de Lille, 1983.

étudier la place qu'attribue le droit français, l'échelon international et les institutions d'arbitrage à l'exigence d'indépendance des arbitres. Nous dégageons ainsi la définition de cette notion (Chapitre 1) mais d'autres termes peuvent sembler (a priori) proches de cette notion aussi nous essayerons de distinguer terminologiquement l'indépendance de ses notions voisines (Chapitre 2).

Dans la deuxième partie de notre étude on verra que des sanctions ont été prévues, dans des différentes hypothèses, en cas de manquements à ce devoir (Chapitre 2). Une obligation particulière a même été mise à la charge de l'arbitre que nous étudierons dans la deuxième partie (Chapitre 1).



PREMIÈRE PARTIE :

LA NOTION D'INDÉPENDANCE

L'étude du rôle joué par le principe d'indépendance des arbitres nécessite que l'on s'attache tout d'abord à mesurer la place que tient ce principe dans le droit français, international et dans les institutions d'arbitrage. On constate cependant que l'arbitrage n'a pas montré un intérêt marqué pour la question de l'indépendance des arbitres. Il aura fallu attendre 1975 pour voir introduire expressément le précepte d'indépendance dans le règlement de la Chambre de Commerce Internationale (Chapitre 1)

Nous serons toutefois amenés à observer que la mise en application de l'exigence de l'indépendance connaît des divergences certaines et importantes suivant les auteurs. Nous constaterons que la question de l'indépendance des arbitres est due au flou qui entoure les concepts utilisés dès lors qu'il est question d'indépendance qu'il s'agisse des notions de neutralité, d'impartialité etc. Leurs significations, leurs liens avec la notion d'indépendance connaissent des divergences assez nettes selon les auteurs (Chapitre 2).

CHAPITRE 1:

AFFIRMATION DE L'INDÉPENDANCE DE L'ARBITRE

Nous allons étudier dans les sections suivantes les différents organes d'arbitrage de manière à déterminer la place qu'attribue le droit positif à l'exigence d'indépendance des arbitres. Nous allons voir au cours de notre étude que la notion de l'indépendance de l'arbitre se trouve aujourd'hui consacrée en droit français ou dans le cadre des décisions judiciaires (Section 1). Cette exigence se trouve également formulée à l'échelon international (Section 2) ainsi que dans la plupart des règlements des institutions d'arbitrage utilisés aujourd'hui dans la plupart des pays du monde (Section 3).

SECTION 1 : AFFIRMATION DU PRINCIPE D'INDÉPENDANCE DE L'ARBITRE EN DROIT FRANÇAIS

M. Fouchard montre qu'en droit français, l'exigence d'indépendance n'est pas exprimée de manière spécifique pour les arbitrages internationaux. Il s'agit d'une règle de droit interne, étendue en matière internationale²⁸. Et plus précisément, comme le note M. Henry, l'affirmation du devoir d'indépendance de l'arbitre s'est réalisée en France au travers de l'existence de causes de récusation des arbitres ainsi qu'au travers des conditions de validité des conventions arbitrales²⁹.

Depuis 1806 jusqu'à 1980, le droit français connaissait l'article 1014 du Code de Procédure Civile qui disposait que : « les arbitres ne pourront être récusés si ce n'est pour cause survenue depuis le compromis ». Mais il ne contenait aucune disposition spécifiant la nature des causes de récusation applicables à l'arbitrage. C'est pourquoi la jurisprudence a dû se reporter aux hypothèses de récusation propres aux magistrats telles qu'elles étaient énoncées dans l'ancien article 378 du Code de procédure civile (CPC)³⁰. Ces causes étant fondées sur les liens entre le juge et les parties au procès, il s'agissait indirectement par l'article 1014 de l'ancien Code de procédure civile, d'imposer l'indépendance de l'arbitre dans l'arbitrage. Cette règle n'était toutefois pas absolue comme c'est le cas en matière judiciaire. Comme le dit M. Moreau³¹ : « la récusation en matière d'arbitrage n'a été qu'incidemment admise par l'article 1014 du CPC qui la présente comme l'exception puisqu'elle n'est possible que pour cause survenue depuis le compromis. L'article n'admettait donc la récusation que de manière incidente pour les seules causes survenues après l'adoption du compromis par les parties ».

L'affirmation positive d'un devoir d'indépendance de l'arbitre est le fait des tribunaux dans le cadre de la jurisprudence développée à propos des conditions de validité du compromis. La sanction d'un tel principe par la nullité du compromis nécessitait toute fois au préalable d'avoir pris parti sur la controverse qui régnait alors à propos de la nature des fonctions reconnues à l'arbitre³². Selon que l'on optait pour la théorie de l'« arbitre juge » ou de l'« arbitre mandataire », l'indépendance de l'arbitre était

²⁸ Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit., No. 1023, p. 580.

²⁹ Marc HENRY : « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », Thèse Paris I, LGDJ 2001, p.46.

³⁰ Conclusions de M. l'avocat général Granjon, dans l'affaire Ury, Paris 8 mai 1970, Rev. arb. 1970, p. 91.

³¹ Bertrand MOREAU : « La récusation des arbitres dans la jurisprudence récentes », Rev. arb. 1975, p. 224.

³² Jean ROBERT, note sous Paris, 8 mai 1970, Ury, Dalloz 1970, p. 638.

requis au même titre que celui du magistrat professionnel³³, ou bien au contraire, était jugée étrangère à sa fonction de représentant agissant au mieux des intérêts de ses clients, à savoir les parties qui l'auront désigné³⁴.

La conception juridictionnelle des fonctions de l'arbitre ayant finalement prévalu, il devenait possible de consacrer officiellement le devoir d'indépendance de l'arbitre par la juridiction française.

Le « premier précédent significatif »³⁵ fut un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 juillet 1964 qui a décidé que si l'arbitre unique, représenté comme une personnalité indépendante, se trouvait être professionnellement l'associé du conseil de l'autre partie, l'ignorance de cette situation par la partie était de nature à entraîner la nullité du compromis pour erreur substantielle sur la personne. Cette solution est confirmée par les arrêts postérieurs³⁶.

L'arrêt de principe sur la question intervient également en 1970 dans le cadre de l'affaire Ury. La Cour d'appel de Paris reprend les termes et pose les principes généraux au droit français de l'arbitrage.

La Cour observe que « les arbitres n'étant point les mandataires respectifs de chacun des contractants, mais dans tous les cas les juges du litige qui leur est différé, l'indépendance d'esprit indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel quelle qu'en soit la source est une des qualités essentielles des arbitres, les soumettant aux mêmes causes de récusation que les membres des juridictions étatiques et de pouvoir être ainsi écartés dans les différents cas énumérés à l'article 378 CPC »³⁷.

La Cour de cassation dans un arrêt du 13 avril 1972 rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, et reprend la motivation des juges d'appel en observant

³³ J. VIATTE, note sous Paris, 19 mars 1981, D. Barre c/ société Les Solidaires, Rev. arb. 1982, p. 84.

³⁴ Conclusions de M. GRANJON, dans l'affaire Ury, Paris 8 mai 1970, Rev. arb. 1970, p. 91.

³⁵ Philippe FOUCHARD, note sous Cassation 2ème ch. Civ., 31 mars 1978, Rev. arb., 1979, p. 460.

³⁶ Par exemple Cass. 2ème civ. 15 fév. 1968, Bull. Civ., II, n.57 ; Paris 7 mai 1968, Dalloz 1968, p. 512 note J. ROBERT.

³⁷ Paris 8 mai 1970, Consorts Ury c/ Soc. Ano. Galeries Lafayette Rev. Arb. 1970, p. 81

que : « l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel quelle qu'en soit la source, qu'elle est l'une des qualités essentielles des arbitres ... »³⁸.

D'autres arrêts ont aussi maintenu et réaffirmé le principe fondamental de l'obligation d'indépendance de l'arbitre. Par exemple dans un arrêt de 4 décembre 1979 la Cour d'appel de Paris a annoncé que : « s'il résulte des circonstances de fait que pour l'accueil éventuel de la demande reconventionnelle d'une partie à un arbitrage, la prétention de celle-ci selon laquelle un des arbitres était intéressé par la solution du litige et ne disposait pas de l'indépendance d'esprit nécessaire pour juger du litige ... »³⁹.

Comme on le voit la Cour d'appel de Paris reprend quasiment à l'identique les termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 1972. On voit la même approche dans un arrêt postérieur du 28 avril 1988 où elle affirme plus nettement encore le caractère de généralité de cet impératif. En effet, cet arrêt précise avec les arrêts d'Ury que l'indépendance d'esprit constitue une obligation que « tout partie est en droit d'exiger d'un arbitre ». C'est pourquoi une ordonnance du président du Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris, du 21 septembre 1989, se réfère également à l' « indépendance d'esprit » nécessaire de l'arbitre⁴⁰.

Cependant il y a une autre catégorie de décisions judiciaires qui ne vise plus l' « indépendance d'esprit » mais fait référence aux préceptes d'indépendance, de neutralité et d'impartialité. L'indépendance de l'arbitre n'est plus visée isolément dans ces décisions mais elle est considérée comme un ensemble avec une autre des deux notions d'impartialité ou de neutralité.

Dans un arrêt de 20 février 1974 la Cour de Cassation justifie l'arrêt de la Cour d'appel et exprime que « ... l'arrêt qui, pour déclarer que le consentement d'une des parties avait été vicié par une erreur sur les qualités substantielles de l'arbitre choisi par son

³⁸ Cass. 2ème civ. 13 avril 1972, Consorts Ury c/ Galeries Lafayette, Dalloz 1973, p.2, note J. ROBERT, Rev. arb., 1975, p. 235, note Eric LOQUIN.

³⁹ Cour d'appel 1ère Ch. Civ., 4 déc. 1979, René Cornu c/ Comptoir commercial André et C., Rev. arb. 1981, p.146 et dans ce sens Ph. FOUCHARD, note sous Cass. 2ème Civ., 31 mars 1978, Rev. arb. 1979, p.460.

⁴⁰ Soc. La Belle Créole S.A. c/ Soc. The Gemtel Partnership, Rev. Arb. 1990, p. 176, note Philippe KAHN.

adversaire énonce que ce dernier n'avait pas présenté son arbitre comme un ancien magistrat consulaire, qu'il ne résulte d'aucun document versé aux débats que le demandeur en nullité ait su, au moment de la signature du compromis, que ledit arbitre était chargé de mission auprès du créancier de son adversaire et que ces liens étaient de nature à faire suspecter l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre »⁴¹. Dans un arrêt du 31 mars 1978⁴² aussi, la Cour de cassation invoque la nécessaire indépendance et impartialité de l'arbitre.

Cependant les tribunaux français ne prévoient pas seulement l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, ils les prévoient aussi pour l'organisme d'arbitrage. Par exemple dans un arrêt du 28 octobre 1988 le TGI de Paris (Ord. Réf.) énonce que : « ... le recours à l'arbitrage se fonde essentiellement sur la confiance en l'arbitre désigné qui, comme juge, doit statuer en toute indépendance et impartialité ; cette même confiance justifie le choix d'un centre d'arbitrage préconstitué pour organiser une procédure adaptée à ces exigences »⁴³.

Un jugement en référé du TGI de Paris en date du 22 mai 1987 fait référence à l'obligation d'indépendance et de neutralité des arbitres en affirmant que : « s'agissant de désigner le troisième arbitre, Président du tribunal arbitral, dans un litige opposant une entreprise française et une entreprise mexicaine, il n'y a pas lieu d'écarter par principe la désignation d'une personnalité de nationalité française, dont l'indépendance et la neutralité comme arbitre ne sauraient être mises en cause sans motifs pouvant être tenus pour établis »⁴⁴.

En définitive le principe d'indépendance des arbitres a été et continue d'être affirmé et sanctionné par les tribunaux français.

⁴¹ Cass. 2ème Civ., 20 fév. 1974, Forges et Ateliers de Commentry Oissel et autres c/ Hydrocarbon Engineering et autre, Rev. arb. 1975, p.239.

⁴² Cass. 2ème Civ., 31 mars 1978, Société Metal Profil c/Société Intercraft, Rev. arb. 1979, p.457, note Ph. FOUCHARD.

⁴³ TGI Paris (Ord. Réf.), 28 oct. 1988, 14 juin 1989, 28 juin 1989 et 15 juillet 1989 Drexel Lambert c/Philipp Brothers, Rev. arb. 1990, p. 497 note Ph. FOUCHARD.

⁴⁴ TGI Paris, 22 mai 1987, Transportacion Maritima Mexicana S.A. c/ Soc. Alsthom, Rev. arb. 1988, p. 699, note Ph. FOUCHARD.

Le législateur, d'après la jurisprudence permanente, avec la réforme de 1980 sans le consacrer expressément, il a créé une nouvelle obligation pour l'arbitre, d'informer les parties de toute cause de récusation qu'il suppose en sa personne, avant d'accepter sa mission. Une telle obligation doit, d'après M. Henry⁴⁵, trouver son fondement dans l'existence d'un devoir plus général d'indépendance de l'arbitre qui se voit ainsi, d'une certaine façon implicitement consacré par le législateur français. Mais l'article 1463 du NCPC introduit par le décret de 1980 ne contient aucune précision sur les cas susceptibles de fonder la récusation d'un arbitre.

Les commentateurs en ont déduit que le système développé à partir de l'ancien article 1014 du CPC devait se maintenir. Il en résulte que les causes de récusation des arbitres continuent d'être celles prévues par l'article 341 du NCPC qui énumère les causes de récusation pour les juges étatiques⁴⁶.

Finalement la jurisprudence française a consacré le principe d'indépendance de l'arbitre. La formulation du principe renvoie selon les arrêts aux notions d'indépendance, d'impartialité, de neutralité. Ainsi on peut dire que le droit français a introduit des dispositions sur la récusation des arbitres. Toutefois, il nous semble que, la reconnaissance légale d'un principe général d'indépendance de l'arbitre n'est pas réellement consacrée dans la législation française qui se borne à ne prévoir que des causes de récusation. En plus le devoir d'indépendance de l'arbitre ne trouve pas de consécration dans les législations sur l'arbitrage de la plupart des pays. C'est pourquoi il faut nous demander si cette consécration ne pourrait pas se révéler inutile pour les pays membres de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où l'on estimerait que l'article 6 de cette Convention s'applique également au domaine de l'arbitrage.

Nous allons essayer de répondre à cette question dans l'affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre à l'échelon international.

⁴⁵ Marc HENRY, op. cit., p. 49.

⁴⁶ J. ROBERT : « L'Arbitrage Droit interne Droit international Privé, Dalloz, 6ème édition, 1993, n. 144, p. 123 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Compétence arbitrale – Etendue », Jurisclasseur Fasc. Proc. Civ., 1986, 1032, n.116, p.28.

SECTION 2 : AFFIRMATION DU PRINCIPE D'INDÉPENDANCE DE L'ARBITRE À L'ÉCHELON INTERNATIONAL

Nous allons étudier le principe d'indépendance contenu dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (A) ; ainsi que la prise en compte de ce même principe dans le cadre de la loi-type de la Commission de Nations Unies pour le droit du commerce international (B).

A) L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine de l'arbitrage

Cette convention a été signée à Rome, est entrée en vigueur le 3 septembre 1953 et lie les membres du Conseil de l'Europe⁴⁷. L'article 6 paragraphe 1 de cette convention dispose que : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ... ».

Avec la faveur croissante accordée aux dispositions de la Convention européenne et l'augmentation des recours portés devant la Commission, les auteurs se sont demandés quels rapports pourraient avoir lieu entre la Convention et l'institution arbitrale. Quelques auteurs se sont interrogés à ce propos sans pour autant fournir de solution d'ensemble à ce problème. Par exemple d'après M. Fouchard : « il était normal que le fonctionnement de droit de l'arbitrage fut un jour confronté avec les exigences procédurales de l'article 6 de cette convention sauf à préserver, par exemple, le caractère confidentiel de la procédure. Mais si dans l'ensemble, les principes applicables à la procédure arbitrale suffisent à garantir l'indépendance et l'impartialité requises de l'arbitre par ce texte, il pouvait être utile d'appliquer celui-ci à l'environnement de l'arbitrage ... »⁴⁸.

⁴⁷ Parmi les Etats membres, outre les quinze pays membres de l'Union Européenne il y a la Turquie aussi. Pour la liste des pays contractants voir Dalloz 1982, p. 160 et s.

⁴⁸ Ph. FOUCHARD : « Les Institutions Permanentes d'Arbitrage devant le juge Etatique (à propos d'une jurisprudence récente) », Rev. arb. 1987, p. 256 et s.

Ainsi M. Flauss observe que les organes de la Convention en matière de règlement arbitral attestent à l'évidence d'une volonté d'intégration des procédures d'arbitrage dans le champ d'application de l'article 6 (1), et ce faisant la jurisprudence européenne oeuvre en faveur de la juridictionnalisation de l'arbitrage et cette intégration s'explique sans doute très largement par le souci de limiter la prolifération d'instances arbitrales « ad hoc » qui viendraient à se substituer aux tribunaux préétablis. Ainsi il ajoute que par rapport au règlement juridictionnel le règlement arbitral doit demeurer l'exception⁴⁹.

Aussi, M. Jarrosson dans son article⁵⁰, pose quelques principes relatifs aux rapports susceptibles d'exister entre la Convention européenne et l'arbitrage. Les conclusions auxquelles l'auteur aboutit l'amène à critiquer la formulation de certaines décisions des tribunaux français qui font une application directe de la Convention en matière d'arbitrage. Il nous semble que cette dernière solution est critiquable parce que nous croyons qu'il ne faut pas nier toute forme d'effet de la Convention européenne dans le domaine de l'arbitrage. Ces diverses considérations seront développées successivement.

1) Présentation de la thèse de M. Jarrosson sur les liens entre la Convention européenne des droits de l'homme et l'arbitrage

Dans un premier temps, M. Jarrosson observe qu'il n'est nulle part fait mention du mot arbitre ou arbitrage. L'article premier qui dépeint les bénéficiaires des droits et libertés reconnus par la convention ne donne aucun renseignement utile relatif à l'application de cette Convention à l'arbitrage ; il dispose que la Convention s'applique aux individus relevant de la juridiction des États contractants⁵¹.

L'auteur constate ensuite que la Convention ne vise expressément que les juridictions des États contractants et d'une manière générale les organes à qui l'État délègue son

⁴⁹ Jean François FLAUSS : « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux procédures arbitrales », Gaz. Pal. 1986, 2, p. 409.

⁵⁰ Ch. JARROSSON : « L'arbitrage et la Convention européenne des Droits de l'homme », Rev. arb. 1989, p. 573 et s. ; même auteur « La Notion d'Arbitrage », op. cit., p. 106 et s.

pouvoir de juger⁵². Il conclut en observant que la « Convention s'applique *ratione personae* à l'État et *ratione materiae* à ses manquements constatés dans l'organisation ou le fonctionnement de ses juridictions » et n'est donc pas applicable à l'arbitrage⁵³.

Ensuite il étudie la première décision de la Commission, concernant le domaine de l'arbitrage (l'affaire X c/ RFA⁵⁴). Cette décision pose le principe de licéité de l'institution arbitrale au regard de la Convention européenne et constate donc que l'article 6 (1) de la Convention n'interdit en aucune manière que des « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » puissent faire l'objet d'une procédure d'arbitrage volontaire au lieu d'être déférées à un tribunal étatique⁵⁵.

D'après M. Henry la convention d'arbitrage s'analyse selon la Commission comme une renonciation partielle à l'exercice des droits que définit l'article 6 (1)⁵⁶ ou selon M. Jarrosson, comme une renonciation prohibée par aucun article de la Convention européenne⁵⁷.

Dans l'affaire Lightgow et autres c/ Royaume Uni, qui a donné lieu à un rapport de la Commission du 7 mars 1984 et à un arrêt de la Cour du 8 juillet 1986, il s'agissait d'un cas d'arbitrage forcé institué par la loi britannique du 1977 sur les industries aéronautiques et navales⁵⁸. La loi créait un tribunal arbitral chargé de régler les litiges relatifs à son application. Les requérants n'étaient pas à même de choisir librement les arbitres : le président du tribunal arbitral était choisi par une haute autorité judiciaire ; quant aux deux arbitres, ils étaient désignés par le Ministre, en concertation avec les représentants des parties.

Adoptant en cela l'opinion formulée par la Commission, la Cour européenne a considéré que le tribunal arbitral créé par la loi de 1977 entrait dans le domaine couvert par l'article 6 (1).

⁵² Ch. JARROSSON, art. cit., N. 12-14, p. 579-580.

⁵³ Ch. JARROSSON, art. cit., N. 17, p. 581.

⁵⁴ Décision de la Commission du 5 mars 1962, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Vol. 5, p. 89, commentée par Ch. JARROSSON; art. cit., N. 21 p.582 et s.

⁵⁵ J.F.FLAUSS, art. cit., p.407.

⁵⁶ Marc HENRY, op. cit., p. 86

⁵⁷ Ch. JARROSSON, art. cit., N. 21, p. 583.

⁵⁸ Affaire Lightgow et autres c/Royaume Uni, Rapport de la Commission du 7 mars 1984 ; arrêt de la Cour du 8 juillet 1986, Serie A 102, commentée par M. Jarrosson, art. cit., N. 23 et s., p. 586 et s.

Sur la base des avis et décisions rendues à l'occasion des affaires précitées, M. Jarrosson considère que la jurisprudence de la Commission et de la Cour confirme ses propres conclusions sur la question de l'applicabilité de la Convention à l'arbitrage. Il estime que la Convention européenne des droits de l'homme est applicable de façon générale aux organes de l'État qui exercent une fonction juridictionnelle ; l'arbitrage forcé relevant de cette catégorie d'organes investis par l'État entre dans le domaine de l'article 6 de la Convention⁵⁹ et il ajoute que l'arbitrage volontaire ne ressortissant pas de l'exercice par l'État, la Convention européenne ne lui est pas applicable.

Nous croyons, pour notre part, que la question des rapports entre l'arbitrage et la Convention européenne a été mal posée et ne se limite pas à la question de l'applicabilité directe ou non des dispositions de l'article 6 (1) à l'arbitrage. Cette erreur provient du fait que le contenu de l'article 6 (1) est déformé. L'article 6 (1) consacre le droit pour toute personne de toujours pouvoir bénéficier d'un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, c'est à dire de toujours pouvoir trouver en la justice étatique un tribunal répondant à ces deux exigences. Pour redonner à la règle posée par l'article 6 (1) sa véritable portée, il convient de l'analyser au travers d'un principe fondamental qui n'est pas énoncé par la Convention européenne mais dont l'existence a été reconnue par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire X/ RFA précitée, à savoir la faculté pour toute partie à une « contestation sur des droits et obligations de caractère civil » de renoncer à la compétence des tribunaux étatiques en acceptant de soumettre le litige à l'arbitrage (sous réserve bien entendu des limites tenant à l'arbitrabilité du litige).

Il découle dans ces conditions de l'article 6 (1) que la renonciation par voie d'arbitrage à la compétence des juridictions étatiques vaut aussi longtemps que le droit de chacun à un tribunal indépendant et impartial est respecté, c'est à dire aussi longtemps que le comportement des arbitres ne constitue pas une violation de ce droit. La faculté donnée par l'article 6 (1) a donc bien pour effet d'imposer un devoir d'indépendance et d'impartialité aux arbitres.

⁵⁹ Ch. JARROSSON, art. cit., N. 27, p. 587.

Pour conclure cette étude sur la portée de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'arbitrage, nous relèverons que, contrairement à l'opinion exprimée par M. Jarrosson, nous ne croyons pas à l'indépendance stricte de la Convention européenne des droits de l'homme vis-à-vis de l'arbitrage.

2) Applicabilité de l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'arbitrage selon la jurisprudence française

Pour un certain nombre de commentateurs, il ne fait, semble-t-il, plus de doute que la jurisprudence française ait consacré l'application de la Convention. Par exemple dans l'affaire République de Guinée c/ Chambre arbitrale de Paris⁶⁰. Dans cette affaire, il s'agit de trois décisions qui font référence à l'article 6 de la Convention européenne que nous allons essayer d'analyser.

Dans son ordonnance de référé en date du 30 octobre 1986, le Président du TGI de Paris décide de suspendre les opérations d'arbitrage organisées sous l'égide de la chambre arbitrale de Paris du fait que :

« les circonstances soumises à son examen font apparaître qu'il existe en l'état un risque sérieux que ne puissent pas être données à chacune des parties les garanties essentielles, destinées à assurer un « procès équitable » au sens du droit interne et des engagements internationaux souscrits par la France, spécialement les articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et 14 du Pacte du New York relatif aux droits civils et politiques »⁶¹.

Cette formule et ses références sont reprises dans le jugement sur le fond du 28 janvier 1987, selon lequel :

« il entre dans la vocation de ce tiers (l'institution arbitrale), librement choisi par les parties, d'organiser et de maintenir la police de l'instance arbitrale ainsi que de prendre,

⁶⁰ TGI Paris, (Réf.), 30 mai 1986 et 30 oct. 1986, TGI Paris (1^{ère} Ch., 1^{ère} Sect.), 28 janvier 1987, Rev. arb. 1987, p. 371 et s. commentés par Ph. FOUCHARD, art. cit., p. 225 et s. ; et sur appel Paris (1^{ère} ch. Arbitrale), 18 novembre 1987 et 4 mai 1988, Rev. arb., 1988, p. 657 et s., note Ph. FOUCHARD.

⁶¹ Rev. arb. 1987, p. 379.

dans le respect de son Règlement, les initiatives qui s'imposent pour donner à chacune des parties les garanties essentielles propres à assurer « un procès équitable » au sens de droit interne et des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et 14 du Pacte de New York relatif au droit civils et politiques »⁶².

Le tribunal en déduit alors que :

« la Chambre arbitrale de Paris n'a pas été et n'est plus en mesure de donner à la partie demanderesse le sentiment légitime de participer à une procédure d'arbitrage répondant en tous ses éléments, et notamment dans ses exigences de confiance et de sérénité, aux impératifs de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ». Le tribunal prononce de ce fait la « résiliation des liens contractuels convenus entre la chambre arbitrale de Paris et les parties au litige »⁶³.

Dans ces passages, comme nous le montre M. Henry⁶⁴, l'article 6 de la Convention européenne est considéré comme s'appliquant directement à l'arbitrage : l'obligation pour la chambre arbitrale d'assurer aux parties un « procès équitable » trouve alors son fondement directement dans les dispositions de l'article 6 lequel viserait indifféremment les juridictions étatiques ainsi que les juridictions arbitrales.

Cette solution a été critiquée par M. Jarrosson dans son article qui considère tout d'abord que le tribunal est allé trop loin dans l'utilisation des dispositions de l'article 6 (1). Il constate que le tribunal ne s'est pas simplement « référé à la convention mais qu'il en a fait une application directe à un arbitrage volontaire », ce qui selon lui « dépasse le cadre d'application de la Convention »⁶⁵. Il observe ensuite que la Convention en son article 6 (1) ne vise que des hypothèses d'exercice d'un pouvoir juridictionnel. Selon lui, il n'a jamais été question de confier à la chambre arbitrale de Paris une mission d'ordre juridictionnel. Les relations qu'elle a pu entretenir avec les parties à l'arbitrage étaient de nature purement contractuelle, qui relevaient donc du seul droit des obligations et qui, par conséquent, étaient totalement étrangères au

⁶² Rev. arb. 1987, p. 383-384.

⁶³ Rev. arb. 1987, p. 384.

⁶⁴ Marc HENRY, op. cit., p. 91.

⁶⁵ Ch. JARROSSON, art. cit., N. 53, p. 601.

domaine couvert par l'article 6 (1) de la Convention. En aucun cas cet article ne pouvait donc fonder une résiliation du contrat liant les parties à l'arbitrage avec la Chambre arbitrale de Paris⁶⁶.

La Cour d'appel de Paris dans ses arrêts rendus le 18 novembre 1987 et le 4 mai 1988, à propos de la même affaire République de Guinée, semble finalement ne pas avoir suivi le Tribunal de grande instance de Paris dans son application à l'arbitrage des exigences posées dans l'article 6 (1), et paraît au contraire avoir opté pour le premier type de raisonnement, relativement à la portée dudit article, qui consiste à n'invoquer la Convention qu'à titre de référence, sans faire de l'article 6 (1) la source des obligations d'indépendance et d'impartialité mises à la charge des arbitres.

La Cour d'appel déclare dans ces deux arrêts que le juge étatique après avoir rempli sa « mission d'assistance ou de coopération technique, se doit de laisser les arbitres épuiser leur pouvoir propre et exclusif de juger et assurer eux-mêmes, en conscience et sous leur responsabilité, les conditions du « procès équitable », conforme aux principes généraux et fondamentaux du droit, et en tant que de besoin, aux dispositions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de l'article 14 du pacte de New York relatif aux droits civils et politiques »⁶⁷.

Nous croyons également que la Cour d'appel de Paris n'a pas entendu fonder l'obligation pour l'arbitre de s'assurer les conditions d'un « procès équitable » sur les dispositions de l'article 6 et que la mention de la Convention européenne doit s'analyser comme une simple référence à des principes généraux édictés à propos des seules juridictions étatiques mais dont les arbitres qui exercent également une activité de nature juridictionnelle pourraient fort s'inspirer dans la conduite de la procédure arbitrale. Nous fondons notre interprétation sur une différence de formulation entre la Cour d'appel et le Tribunal de grande instance de Paris.

Nous constatons en effet, qu'à la différence du Tribunal de grande instance de Paris, la Cour, dans son attendu de principe posant l'obligation pour l'arbitre d'assurer un « procès équitable », n'assimile pas cette obligation à un « impératif » qui serait dicté

⁶⁶ Ch. JARROSSON, art. cit., N. 53, p. 601.

⁶⁷ Rev. arb. 1988, p. 663 et 667.

directement aux arbitres par les dispositions de l'article 6 de la Convention. Si la Cour avait réellement souhaité confirmer le principe d'application directe de l'article 6 à l'arbitrage, elle aurait certainement formulé différemment son attendu pour exiger par exemple des arbitres qu'ils assurent un « procès équitable » conforme aux « impératifs » de l'article 6, pour reprendre l'expression du Tribunal de grande instance.

En définitive, il semble bien que la Cour d'appel de Paris ait rejeté le principe d'une application directe de l'article 6 à l'arbitrage. En d'autres termes, les tribunaux ne sauraient fonder l'annulation d'une convention d'arbitrage directement sur ce qui serait considéré comme une violation des exigences de bonne justice édictées par l'article 6 de la Convention, pour la bonne et simple raison que la Convention européenne ne serait pas applicable à l'arbitrage.

Si la Cour d'appel de Paris rejette le principe de l'application de l'article 6 (1) à l'arbitrage, elle n'exclut toutefois pas toute forme d'influence de la Convention sur l'arbitrage, puisqu'elle incite les arbitres à se référer aux principes généraux édictés par la Convention et à s'en inspirer pour conduire au mieux leur propre procédure. Cette référence permettra selon M. Jarrosson d'« assurer à la justice arbitrale la qualité que l'on est en droit d'attendre d'elle »⁶⁸.

Même si l'on a pu douter de l'applicabilité directe de la Convention européenne aux arbitres, puisque le tribunal qu'il constitue n'est pas « établi par la loi » et que les obligations énoncées par la Convention sont édictées à l'égard des États et de leurs organes, il reste que ce principe fondamental doit inspirer tout autant la justice privée que la justice publique⁶⁹.

B) Affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le cadre de la loi-type de la CNUDCI

⁶⁸ Ch. JARROSSON, art. cit., N. 59, p.605.

⁶⁹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., N. 1027, p. 582.

La Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international a adopté la loi-type du 21 juin 1985, sur l'arbitrage commercial international⁷⁰. Le 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies demandait que tous les États prennent dûment en considération la loi-type sur l'arbitrage commercial en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international.

La méthode qui a présidé à l'élaboration et à l'adoption de cette loi-type, explique qu'on la considère aujourd'hui comme traduisant un « consensus de l'opinion internationale contemporaine dominante sur un certain nombre de questions importantes pour la conduite des arbitrages internationaux »⁷¹. La note d'information du secrétariat de la CNUDCI sur la loi-type parle de « consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l'arbitrage international »⁷².

Néanmoins, un auteur note dans son article qu'un certain nombre de questions ne sont pas traitées dans la loi-type ; il cite à cette occasion plusieurs aspects de l'arbitrage dont notamment l'arbitrabilité, la capacité des parties contractantes, les immunités, la jonction des procédures ayant des liens entre elles, l'application des mesures intérimaires ordonnées par les arbitres et la façon dont les sentences arbitrales sont exécutées, la garantie des paiement des coûts, honoraires et charges des arbitres et des institutions, la question de l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales⁷³.

Il apparaît particulièrement intéressant de relever la manière dont la loi-type a traité la question de l'indépendance de l'arbitre. Le secrétaire générale observe à ce sujet que les législations nationales énumèrent souvent en détail les motifs de récusation des arbitres qui sont en général les mêmes que pour les juges. Le rapport propose de choisir

⁷⁰ Rapport de la CNUDCI sur les travaux de la 18ème session, 3-21 juin 1985, Assemblée générale, documents officiels : 40ème session, supplément N. 17, (A 4017).

⁷¹ Sigvard JARVIN : « La loi-type de la CNUDCI sur l'Arbitrage Commercial International », Rev. arb. 1986, p.510.

⁷² Documents Nations Unies, ACN. 9309, 25 mars 1988, N.2.

⁷³ Sigvard JARVIN, note sous Paris 10 mai 1994, Uzinexportimport Romanian Co c/ Attock Cement Co, Rev. arb. 1995, p.107.

entre une « liste uniforme des motifs » et une formule générale telle que « des circonstances pouvant amener à douter avec raison de l'impartialité ou de l'indépendance de l'arbitre ». Le rapport prend fin sur la récusation en exprimant que l'« on pourrait aussi prévoir des règles accessoires sur la divulgation (...) en s'inspirant de l'article 9 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ».

La question d'indépendance de l'arbitre a donc été envisagée sous ces seuls aspects aux cours des travaux d'élaboration de la loi-type. Il convient toutefois de noter que certains intervenants ont souhaité que la loi-type prévoit une disposition spécifique concernant les qualités requises de l'arbitre⁷⁴. Cette disposition aurait pu édicter un devoir général d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre. Cette opinion n'a finalement pas prévalu dans la mesure où la question des qualités requises de l'arbitre a été considérée comme étant étroitement liée aux motifs de récusation et devait donc être traitée dans ce seul cadre. C'est la raison pour laquelle la loi-type ne contient d'article qui énonce de manière positive et expresse un devoir d'indépendance à la charge de l'arbitre. En cela, elle ne fait que refléter la tendance quasi-universelle des législations nationales.

Quant aux motifs de récusation le groupe de travail s'est décidé en faveur d'une cause générale du même type que celle figurant à l'article 10 (1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui dispose que : « Tout arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance ».

Le précepte d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre apparaît en définitive à trois reprises dans la loi-type :

L'article 12 paragraphe 1 de la loi-type dispose que : « Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait ».

⁷⁴ Voir Document Nations Unies, (CAN.9216) de 1982, N. 42.

Le même article continue ensuite avec une cause générale de récusation visant toutes les circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre dans le paragraphe 2 en disposant que : « Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance (...). Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination ».

Dans son commentaire analytique de la loi-type, le secrétariat de la CNUDCI voit dans cet article 12 une double application du « principe selon lequel les arbitres doivent être impartiaux et indépendants »⁷⁵.

Le paragraphe 5 de l'article 11 de la loi-type fait encore une référence particulièrement nette au devoir d'indépendance de l'arbitre en rappelant expressément aux juges chargés de nommer un arbitre de « tenir compte de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial ». Cette disposition est spécifique à la loi-type et ne fait que confirmer l'importance qui revêt le principe d'indépendance.

SECTION 3 : AFFIRMATION DU PRINCIPE D'INDÉPENDANCE DE L'ARBITRE AU SEIN DES INSTITUTIONS D'ARBITRAGE

M. Fouchard notait au cours de son intervention lors d'un colloque organisé à Paris, le 19 janvier 1990 par le Comité Français d'arbitrage en France qu'« à l'examen de la quasi-totalité des arrêts rendus en France par la Cour d'appel de Paris entre 1979 et 1986 sur des recours contre des sentences arbitrales rendues en France, soit 170 arrêts, il lui est apparu qu'environ 65 % des sentences ainsi examinées avaient été rendues dans le cadre d'arbitrages institutionnels et près d'un quart de ces sentences institutionnelles provenaient de la Cour d'arbitrage de la Chambre Commercial Internationale »⁷⁶. Après avoir remarqué l'importance des institutions d'arbitrage, il propose une définition d'une institution d'arbitrage. D'après lui, « on entend par institution d'arbitrage une personne morale dont la mission est d'organiser des

⁷⁵ Voir Document Nations Unies, cit., p. 30.

⁷⁶ Ph. FOUCHARD : « Typologie des institutions d'arbitrage », Rev. arb. 1990, p.285.

arbitrages en application d'un règlement qu'elle a édicté et que les parties acceptent en convenant que leur litige sera réglé sous ses auspices »⁷⁷.

En droit français, les institutions d'arbitrage sont connues dans l'article 1455 du NCPC (introduit par le décret de 14 mai 1980) et notamment l'alinéa premier de celui-ci dispose que : « lorsqu'une personne physique ou morale est chargé d'organiser l'arbitrage ... ».

Il est possible de distinguer plusieurs types d'institutions d'arbitrage. Par exemple, on peut faire une distinction selon leur caractère public, semi-public ou privé. À propos de cette distinction M. David observe que dans les pays socialistes, l'arbitrage est administré, pour ce qui concerne les relations du commerce international, par des cours d'arbitrage constitués au sein des chambres de commerce extérieur des différents pays. Dans les pays d'économie non-collectivisée, l'arbitrage est parfois administré sous les auspices d'une chambre de commerce, ou d'une bourse du commerce ou des valeurs dont le caractère d'établissement public est plus ou moins accusé mais il peut être administré par les soins d'associations revêtant un caractère purement privé⁷⁸.

On peut aussi faire une distinction selon leur caractère national ou international. À ce propos M. David note que certaines institutions d'arbitrage ont un caractère proprement international dans la mesure où elles ont été créées à la suite d'accords interétatiques. Il cite le cas de la Cour permanente d'arbitrage de la Haye et il ajoute le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) créé en 1965⁷⁹.

Enfin on peut faire une distinction selon leur compétence générale ou spécialisée aussi. À ce propos M. David constate qu'un certain nombre d'institutions arbitrales s'intéressent sans restriction à tous les types possibles d'arbitrage, ainsi par exemple la London Court of Arbitration. D'autres institutions ne s'intéressent en revanche à l'arbitrage qu'en ce qui concerne certains types de litiges : litiges de nature

⁷⁷ Ph. FOUCHARD : « Typologie des institutions d'arbitrage », Rev. arb. 1990, p.281.

⁷⁸ René DAVID, op. cit., N. 44, p. 53.

⁷⁹ René DAVID, op. cit., N. 44, p. 54.

exclusivement internationale (par exemple CCI) ou bien litiges se rapportant à des transactions portant sur un produit déterminé (cacao, cinéma, café⁸⁰ etc.)⁸¹.

Nous nous proposons d'étudier le principe d'indépendance dans les règlements d'arbitrage suivants :

- le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International (CCI),
- le règlement d'arbitrage de la CNUDCI,
- le règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (LCIA),
- le règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI),
- le règlement d'arbitrage de l'American Arbitration Association (AAA).

A) Affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le règlement d'arbitrage de la CCI

La Cour d'arbitrage de la CCI a été créée en 1923 avec pour mission de procurer par l'intermédiaire des arbitres nommés ou confirmés par elle, la solution arbitrale de tout différend ayant un caractère international, intervenant dans le domaine des affaires qui lui serait soumises par la convention d'arbitrage.

Toutefois, elle a adopté son premier règlement d'arbitrage en 1922. Depuis 1922 ce règlement a été révisé en 1955, en 1975, en 1988 et en 1998. Le règlement actuel est celui de 1998. Comme nous le montre M. Eisemann, ce n'est qu'en 1975 que la notion d'indépendance fait son apparition à l'occasion de l'adoption du nouveau Règlement d'arbitrage (article 2 (4))⁸² et avec la révision de 1988 cette notion a été renforcée.

Il est à noter que le règlement de la CCI ne vise que la notion d'indépendance. L'article 7.1 du Règlement 1998 (ajouté avec la révision de 1988) dispose que : « Tout arbitre doit être et demeurer indépendant des parties en cause ». Le devoir d'indépendance de l'arbitre se trouve également dans la formulation du devoir de révélation selon l'article 7.2 du Règlement de 1998 qui vise à faire connaître par écrit au Secrétaire général de

⁸⁰ PH : FOUCHARD : « Typologie des institutions d'arbitrage », Rev. arb. 1990, p.303.

⁸¹ René DAVID, op. cit., N. 46 et s., p.56 et s.

⁸² F. EISENMANN : « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI », DPCI 1975, p. 358.

la Cour les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties ainsi que dans la cause générale de récusation prévue à l'article 11.2 du Règlement de 1998 qui concerne spécifiquement les hypothèses du défaut d'indépendance.

Le règlement de 1998 a modifié les dispositions du règlement 1988 relatives à la constitution du tribunal arbitral. L'article 7.6 du Règlement 1998 dispose que : « À moins que les parties n'y aient dérogé, le tribunal arbitral est constitué conformément aux dispositions des articles 8, 9 et 10 ». C'est à dire la faculté de dérogation offerte aux parties est expressément limitée aux dispositions des articles 8, 9 et 10 du Règlement, à l'exclusion donc des dispositions générales contenues à l'article 7 parmi lesquelles l'énoncé du devoir d'indépendance à la charge des arbitres.

D'après M. Henry, le règlement de 1998 semble exclure clairement toute faculté de dérogation au principe de l'indépendance des arbitres, qu'il s'agisse des arbitres désignés par les parties ou des présidents de tribunal arbitral⁸³. Il considère que la Cour d'arbitrage devrait refuser de confirmer des arbitres dont elle sait par avance, du fait de l'accord déclaré des parties en ce sens, qu'ils ne respecteront pas le devoir fondamental énoncé à l'article 7.1 du Règlement. En l'absence de déclaration préalable, il lui semble que la Cour d'arbitrage de la CCI devrait, si elle constate un manquement de la part des arbitres au devoir d'indépendance formulé par l'article 7.1, décider de remplacer, sur la base de l'article 12.2 du Règlement, le ou les arbitres fautifs, et ce, quand bien même il existerait une volonté contraire des parties sur ce point⁸⁴.

Enfin comme on le constate le règlement de la CCI qui est le plus utilisé parmi les institutions, contient des dispositions sur la question de l'indépendance de l'arbitre et confirme que cette qualité est très importante lors d'une procédure arbitrale.

B) Affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

⁸³ Marc HENRY, op. cit., N. 172, p. 109.

⁸⁴ Marc HENRY, op. cit., N. 173, p. 109.

D'après les annuaires des Nations Unies on voit que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI est approuvé le 28 avril 1976⁸⁵ par la CNUDCI, « enfant gâté » de l'organisation des Nations Unies selon M. Fouchard⁸⁶. L'assemblée générale des Nations Unies a adopté ce règlement le 15 décembre 1976 et en a soumis l'application « pour le règlement des litiges nés des relations commerciales internationales, particulièrement par le renvoi au Règlement d'Arbitrage dans les contrats commerciaux »⁸⁷.

La question de l'indépendance de l'arbitre ne se trouve pas exposée de manière directe et expresse dans le Règlement. Mais, à trois reprises, l'indépendance est en cause : Selon l'article 6.4 du Règlement l'autorité doit avoir « égard à des considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial ». Comme on le voit, contrairement à celui de CCI, le Règlement de la CNUDCI prévoit l'indépendance et l'impartialité. Il est à noter que cette obligation ne figure pas dans les dispositions consacrées à la nomination par l'autorité susvisée de l'arbitre devant être désigné par la partie défaillante (article 7.2).

L'article 10.1 du Règlement prévoit la récusation de l'arbitre s'il existe des circonstances qui causent à des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance.

De même, l'article 9 du Règlement met à la charge de tous les arbitres un devoir de révélation de circonstances de nature à soulever des doutes sur leur impartialité ou leur indépendance.

C) L'affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le Règlement d'arbitrage de la LCIA

La LCIA, l'une des plus anciennes institutions d'arbitrage, a été créée en 1892. Son règlement applicable actuellement est entré en vigueur en 1985. La question de la portée du devoir d'indépendance formulé dans son article 3.1 se pose dans les mêmes termes que pour le règlement CCI. Cependant contrairement au Règlement CCI, le Règlement

⁸⁵ Annuaire, Vol. VII, 1976, p. 24, n.56

⁸⁶ Ph. FOUCHARD : « Le règlement d'arbitrage », Clunet 1979, p. 816.

⁸⁷ Annuaire, Vol. III, 1977, p. 10, résolution 31/98.

de la LCIA contient une faculté générale de renonciation par les parties aux dispositions qui y sont édictées (article 20.1). Il semble donc que selon le règlement de la LCIA, les parties pourraient décider de renoncer au précepte d'indépendance disposé à l'article 3.1.

L'article 3.3 dispose que la Cour d'arbitrage de la LCIA pourra toujours décider de refuser de confirmer l'arbitre désigné par l'une ou l'autre partie si elle considère qu'il n'est pas indépendant ou impartial.

La rigueur du devoir d'indépendance énoncé par le Règlement de la LCIA se retrouve dans la disposition imposant à tous les arbitres de signer, avant leur entrée en fonction, une déclaration d'indépendance (on retrouve aussi dans le cadre des arbitrages CCI).

Enfin, on peut souligner que le Règlement de la LCIA vise les notions d'indépendance et d'impartialité à la différence du Règlement CCI qui vise que la notion d'indépendance.

D) L'affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le règlement d'arbitrage du CIRDI

Le CIRDI a été créé sous les auspices de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement par la Convention de Washington « pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », signée le 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

Conformément à l'article 6 de la Convention de Washington, le conseil administratif du CIRDI a adopté deux règlements : un Règlement d'introduction des instances et un Règlement d'arbitrage. Une version modifiée de ces deux règlements est entrée en vigueur le 26 septembre 1984.

La question de l'indépendance des arbitres est abordée à la fois dans la Convention et dans le Règlement d'arbitrage. L'article 14 (1) de la Convention de Washington énonce les qualités devant être présentées par les personnes figurant sur la liste des arbitres tenue par le CIRDI. Parmi ces qualités on voit l'obligation d'indépendance aussi car

l'article 14 dispose que les arbitres doivent «offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions ». Il est à noter que la Convention ne fait pas référence à la notion d'impartialité. En plus en cas du défaut manifeste de cette qualité, il prévoit la récusation de l'arbitre avec son article 57.

Ainsi, selon l'article 6.2 du règlement d'arbitrage, il existe une déclaration préalable obligatoire par laquelle les arbitres confirment solennellement qu'il n'existe aucune raison susceptible de les empêcher de faire partie du tribunal arbitral.

E) L'affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le Règlement de l'AAA

L'American Arbitration Association, basée à New York, a été créée en 1926. L'AAA connaît un Règlement de base appelé « AAA's Commercial Arbitration Rules » qui a été modifié en 1988 et un recueil de règles particulières pour l'arbitrage international appelé « AAA Supplementary Procedures for International Commercial Arbitration » en vigueur depuis 1986. Comme on peut le constater l'AAA prévoit un régime différent selon qu'il s'agit d'arbitrage interne ou international. Cette différence concerne aussi le principe d'indépendance.

Le principe d'indépendance n'est pas énoncé directement dans le Règlement de l'AAA concernant l'arbitrage interne. De même, il n'énonce aucune cause de récusation mais opère par renvoi aux circonstances couvertes par le devoir de révélation. L'article 12 du Règlement prévoit en outre que les parties peuvent toujours renoncer à l'une des causes de récusation. Les dispositions ne visent d'ailleurs pas la notion d'indépendance mais font référence aux seules notions de neutralité et d'impartialité.

Les « Supplementary procedures » de l'AAA pour l'arbitrage commercial international, adoptés en 1981 puis révisés en 1986, avaient opté pour un devoir d'indépendance pour tous les arbitres. En 1991, l'AAA a adopté un Règlement d'arbitrage international révisé en 1992. « Le Règlement impose aux arbitres un

devoir d'impartialité et d'indépendance, en l'absence de stipulations contraires des parties »⁸⁸.

Conclusion sur le caractère quasi-universel de l'affirmation de l'exigence d'indépendance des arbitres

Les développements qui précèdent démontrent le caractère quasi-universel de l'exigence d'indépendance des arbitres. Celle-ci est en effet formulée par la plupart des organes créateurs de normes en matière d'arbitrage, qu'il s'agisse de la législation française et de la jurisprudence, qu'il s'agisse d'organismes internationaux comme la CNUDCI, qu'il s'agisse encore des règlements adoptés par les institutions arbitrales.

La formulation de l'obligation d'indépendance varie toutefois considérablement d'un système d'arbitrage à l'autre. Les variations constatées ont concerné en outre la formulation plus ou moins directe et expresse du devoir d'indépendance, selon que ce devoir est formulé directement dans le cadre d'un article ou de dispositions qui s'adressent directement aux arbitres ou indirectement par le biais du contenu des dispositions relatives à la récusation des arbitres ou au devoir de révélation auquel ils sont astreints.

Les règlements d'arbitrage les plus satisfaisants, à notre sens, à savoir les Règlements CCI et LCIA, ont finalement pris le parti de s'adresser directement à l'arbitre en le soumettant directement à un devoir expresse d'indépendance.

Le Règlement CNUDCI se rapproche de cette solution en édictant une cause générale de récusation tenant aux hypothèses de doute sur l'indépendance et/ou l'impartialité de l'arbitre. Or, la raison pour laquelle nous avons pris soin

⁸⁸ Françoise JOLY : « Le règlement d'arbitrage international de l'association américaine d'arbitrage », Rev. arb. 1993, p.401.

d'étudier sur ce point un grand nombre de systèmes d'arbitrage différents est que la différence de formulation constatée n'est pas neutre.

Les observations précédentes et notamment les variations constatées dans la formulation du principe d'indépendance ont nécessairement des conséquences directes et importantes sur le contenu, le fondement de l'indépendance et la sanction de la dépendance. Ce sont ces divers aspects que nous développerons dans les chapitres suivants. En premier lieu, des lors que la reconnaissance quasi-universelle de l'exigence d'indépendance des arbitres a été constatée, il s'agira d'essayer de remédier à l'imprécision terminologique qui caractérise ce précepte à l'heure actuelle. Nous militerons en ce domaine pour la reconnaissance d'un caractère générique au devoir d'indépendance de l'arbitre.

CHAPITRE 2 :

DISTINCTION TERMINOLOGIQUE DE L'INDÉPENDANCE

Dans le chapitre précédent il est apparu que le principe de l'indépendance de l'arbitre est consacré dans les divers systèmes d'arbitrage. Dans ce nouveau chapitre nous allons étudier les diverses notions utilisées à propos du devoir d'indépendance de l'arbitre (Section 1). Nous verrons que les notions les plus utilisées sont les notions de l'impartialité (Section 2) et de neutralité (Section 3). Nous étudierons enfin comment ces notions sont distinguées par les législations, la doctrine et la jurisprudence.

SECTION 1 : DIVERSITÉ DES NOTIONS UTILISÉES À PROPOS DU DEVOIR D'INDÉPENDANCE DE L'ARBITRE

Sur la base des développements précédents consacrés à l'affirmation par les divers systèmes d'arbitrage du devoir d'indépendance de l'arbitre, nous établirons une sorte de typologie des principales ambiguïtés terminologiques découlant de la

variété des concepts utilisés dans ce domaine. S'il est vrai que l' « unanimité s'est faite pour poser comme principe la nécessaire indépendance de l'arbitre »⁸⁹, la plus grande diversité se rencontre toutefois dans la formulation utilisée pour asseoir ce principe, qu'il s'agisse de la formulation employée dans le cadre des législations nationales sur l'arbitrage ou des règlements d'arbitrage (A), de la jurisprudence (B), ou encore de celle employée par les auteurs (C).

A) Analyse des législations et règlements d'arbitrage

A l'échelon international, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui, selon M. Henry⁹⁰, concerne indirectement l'arbitrage, pose le principe du droit à un tribunal « indépendant et impartial ». Ces dispositions étaient directement inspirées de l'article 10 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 qui énonce que « toute personne a droit en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial ... ».

L'article 14 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966 contient des dispositions analogues à celles de la Convention européenne.

Ces deux notions d'indépendance et d'impartialité se retrouvent dans la loi-type de la CNUDCI, adoptée en 1985, notamment en son article 12.

La même diversité de formulation se retrouve dans les règlements d'arbitrage. Le contenu des règlements CCI et LCIA est intéressant de ce point de vue. Le règlement CCI ne fait référence qu'au seul concept d'indépendance (article 2.7) alors que la LCIA impose aux arbitres un comportement pleinement « independent and impartial » (article 3). Dans le rapport final sur le statut de l'arbitre adopté le 21 mars 1996, la Commission de l'arbitrage international de la

⁸⁹ Ch. JARROSSON, présentation du colloque tenu le 27 octobre 1988 à la CCI sur l'indépendance de l'arbitre, Rev. arb. 1988, p. 749.

⁹⁰ M. HENRY, op. cit., N. 194, p. 123.

CCI a estimé que « l'arbitre doit être et rester indépendant à l'égard de toutes les parties et de leurs représentants, et faire preuve d'une complète impartialité »⁹¹.

Le cumul des notions d'indépendance et d'impartialité figure dans le règlement CNUDCI du 28 avril 1976 (notamment article 9 et 10).

L'indépendance est seule exigée dans le cadre de l'arbitrage CIRDI (article 14/1) et de l'arbitrage organisé par l'Association Française d'Arbitrage (article 5).

L'AAA vise les notions respectives de « neutrality », d'« impartiality » et de « bias (préjugé) ».

Il apparaît finalement que, dans les législations et dans les règlements d'arbitrage un grand nombre de concepts comme indépendance, impartialité, neutralité sont utilisées selon les cas cumulativement ou alternativement.

B) Analyse de la jurisprudence française

Quand on regarde à la jurisprudence française, comme le dit un auteur « on peut la montrer comme un exemple significatif du flou terminologique qui domine la consécration du devoir d'indépendance de l'arbitre »⁹².

Il semble que la Cour d'appel de Paris ait été l'une des premières à invoquer indépendamment des causes de récusation, le devoir d'indépendance des arbitres. Il s'agissait de l'affaire Ury c/Galleries Lafayette dans laquelle la Cour dans son arrêt du 8 mai 1970, a fait référence à « l'indépendance d'esprit nécessaire à l'exercice du pouvoir juridictionnel »⁹³. La nécessaire « indépendance d'esprit » de l'arbitre sera consacrée par la Cour de cassation, toujours dans le cadre de l'affaire Ury c/Galleries Lafayette, dans son arrêt du 13 avril 1972⁹⁴. Depuis, cette

⁹¹ Rapport final sur le statut de l'arbitre, Principe élémentaires d'un statut de l'arbitre international, Bull. CCI mai 1996, Rev. arb. 1996, p. 559 et s.

⁹² J.D.BREDIN : « La révélation, Remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », Mélanges Jean François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p.361.

⁹³ Rev. arb. 1970, p. 80 et s.

⁹⁴ Rev. arb. 1975, p. 235 et s., note E. Loquin.

exigence a été reprise, notamment dans plusieurs arrêts des juridictions françaises rendus en juin 1972⁹⁵, mars 1981⁹⁶ et avril 1988⁹⁷.

Après avoir posé le principe de l'« indépendance d'esprit » de l'arbitre, la jurisprudence va affiner celui-ci en faisant une référence cumulative à l'« indépendance et l'impartialité » de l'arbitre. Cette référence est consacrée par un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 20 février 1974, dans l'affaire F.A.C.O. c/ Hydrocarbon. Elle sera par la suite renouvelée, notamment en 1978, dans l'affaire Métal Profil c/ Société Intercraft en exprimant « Ne se contredit pas et ne dénature pas le règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce international la Cour d'appel qui, pour déduire que le fonctionnement de cette organisme assurait son indépendance et son impartialité ... » ; puis également par le tribunal de grande instance de Paris en 1988 dans les affaires Drexel Burnham Lambert c/ Philipp Brothers⁹⁸ et Gemtel c/ La Belle Créole SA⁹⁹ en exprimant que « les circonstances invoquées pour contester l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels avec l'une des parties en litige, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre ... ».

Dans un jugement rendu le 1er avril 1993, le tribunal de grande instance de Paris énonce encore qu'« un arbitre ne peut être récusé, sur le fondement de la partialité, que lorsque les circonstances font apparaître un risque certain de prévention à l'égard d'une partie à l'arbitrage et permettent de douter légitimement de son indépendance et impartialité »¹⁰⁰. Parce qu'en l'espece l'arbitre avait qualifié de « quelque peu autocratique » le système juridique de l'État de Dubai qui était l'une des parties et il a estimé que les défendeurs n'auraient pas aimé être soumis à un tel droit.

⁹⁵ Cour d'appel de Paris, 8 juin 1972 Woltz c/ S.O.D.I.P.A.R, Rev. arb. 1973, p. 38 et s.

⁹⁶ Cour d'appel de Paris, 13 mars 1981, Cornet et fils c/ UNCAC, Rev. arb. 1983, p.83 et s.

⁹⁷ Cour d'appel de Paris, 28 avril 1988, Matra c/ Alkan, Rev. arb. 1989, p. 280 et s.

⁹⁸ TGI Paris (Réf), 28 oct.1988, Drexel Burnham, Lambert et autres c/ Philipp Brothers et autres, Rev. arb. 1990, p. 497.

⁹⁹ TGI Paris, 28 juin 1989, Gemtel c/ La Belle Créole SA, Rev. arb. 1990, p. 508.

¹⁰⁰ TGI Paris, 1er avril 1993, Etat de Dubai et société Dubai Drydocks c/ sociétés Halcrow et F. Mc Williams, Rev. arb., 1993, p.460 et 461, note P. Bellet.

Quant au devoir d'objectivité, il est aussi affirmé par les juridictions françaises. Par exemple la Cour d'appel de Paris, dans son jugement rendu 13 janvier 1984, a exprimé que « le comportement de l'arbitre au cours des opérations ne révèle aucune infraction à son devoir d'objectivité » car elle a considéré qu'« une partie qui ne fait état d'aucun élément de nature à étayer ses affirmations concernant la non-communication de certaines pièces et qui ne justifie d'aucune protestation auprès de l'arbitre à ce propos, ne démontre pas que pour statuer, l'arbitre se soit fondé sur de telles pièces »¹⁰¹.

Au côté des notions d'indépendance, d'impartialité et d'objectivité apparaissent encore d'autres concepts.

Par exemple dans son arrêt rendu le 20 décembre 1984 la Cour d'appel de Paris, manifeste le concept de « sérénité », en exprimant qu'« en l'absence de preuve suffisante des griefs soulevés, une Cour d'appel n'a pas à rechercher s'il existe un principe général et supérieur d'ordre public international qui serait constitué par la sérénité et l'impartialité de la décision de la justice ... »¹⁰². En l'espèce l'arbitre au cours d'une réception privée, avait dit à l'une des parties « qu'il regrettait beaucoup pour « lui » d'avoir à se rendre si souvent en Libye (le lieu d'arbitrage) » ainsi que d'un autre propos tenu par l'arbitre où il paraissait évoquer l'existence de « problèmes » dans l'efficacité des services de la poste libyenne et enfin dans le fait que l'arbitre, au cours d'une conversation à son domicile avec un envoyé de l'une des parties avait confié à cette dernière que son mari et elle aimaient tellement l'Égypte ! ».

En outre, le Tribunal de grande instance de Paris dans son jugement rendu le 22 mai 1987 fait apparaître le concept de « neutralité », en exprimant que « s'agissant de désigner le troisième arbitre, président du tribunal arbitral, dans un litige opposant une entreprise française et une entreprise mexicaine, il n'y a pas lieu d'écarter, par principe, la désignation d'une personnalité de nationalité française,

¹⁰¹ CA Paris, 13 janvier 1984, Société Cente d'information pour groupements d'achats (C.I.G.A.) c/ Société La Margeride, Madame Reau, Syndic au reglement judiciaire de la société La Margeride, Rev. arb. 1984, p. 531.

¹⁰² Paris, 20 décembre 1984, GPLA c/ Canal Harbour Worms, Rev. arb. 1987, p. 49 et s.

dont l'indépendance et la neutralité comme arbitre, et donc comme juge, ne sauraient être mises en cause sans motifs pouvant être tenus pour établis »¹⁰³. En l'espèce l'entreprise française demandait que l'arbitre soit français et on constate que le tribunal nomme un arbitre français. Celui-ci accepte sa mission, à la condition que la procédure, initialement prévue en anglais, ait lieu en français. La société mexicaine refusant cette substitution, on revient devant le tribunal, qui persiste : c'est un nouvel arbitre français qui est nommé pour présider le tribunal arbitral !

Le tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement rendu le 15 janvier 1988, a fait remarquer le concept de « confiance » et a déclaré que « la situation du fait de l'arbitre, est de nature à faire douter l'autre partie de son indépendance ainsi que d'affecter le lien de confiance nécessaire à toute démarche arbitrale. Parce qu'en l'espèce l'arbitre poursuivait depuis un certain temps (mars 1986) une mission personnelle de conseil et d'assistance technique à l'une des parties à l'arbitrage, intervention qui n'est pas encore achevée et pour laquelle il est ou sera nécessairement rémunéré par la partie pour laquelle il travaille »¹⁰⁴.

La Cour d'appel de Paris dans son arrêt rendu le 2 juin 1989 a souligné l'importance du concept de « non prévention à l'égard d'une partie » en énonçant que « par l'existence de liens matériels ou intellectuels avec l'une des parties en litige, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard d'une partie à l'arbitrage ... »¹⁰⁵. En l'espèce l'arbitre avait des fonctions anciennes au sein de la maison-mère de l'une des parties.

Toujours la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt rendu le 5 juillet 1990, a fait apparaître le concept d'« absence de préjugé » en déclarant que « la qualité d'arbitre n'est pas incompatible avec un engagement dans un débat entre

¹⁰³ Paris, 22 mai 1987, *Transportacion Maritima Mexicana S. A. c/ Société Alsthom*, Rev. arb. 1988, p. 700.

¹⁰⁴ Paris, 15 janvier 1988, *Société des Equipements industriels Stolz S.A. c/ société Equipements Letierce et autre*, Rev. arb. 1988, p. 318.

¹⁰⁵ Paris, 1^{re} Ch. Supplémentaire, 2 juin 1989, sociétés T.A.I., E.S.W. et I.E.C. c/sociétés S.I.A.P.E., Engrais de Gabès, Madame Lafont ès qual. Et Ferrari, Rev. arb. 1991, p. 87 et s.

professionnels, dès lors que les écrits produits ne permettent pas de mettre en doute l'indépendance de l'arbitre et que les propos tenus ne manifestent ni véhémence excessive ni hostilité systématique propre à faire présumer de la part de l'arbitre un préjugé à l'encontre de l'une des parties »¹⁰⁶.

Enfin le Tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement rendu le 21 septembre 1989, a attiré l'attention sur le concept de « liberté de jugement » en exprimant que « l'arbitre désigné pour remplacer un arbitre décédé ne peut pas se voir reprocher ni d'avoir connu du litige lui-même d'avoir émis une opinion susceptible de mettre en cause sa liberté de jugement ... »¹⁰⁷.

Il existe donc en définitive, d'assez nombreuses notions qui sont utilisées par les juridictions françaises pour exprimer le même principe d'indépendance de l'arbitre. Mais on peut constater aussi que parmi toutes ces notions celle d'indépendance et d'impartialité sont les plus utilisées.

C) Analyse de la doctrine

La diversité terminologique que nous avons vu n'affecte pas seulement les textes législatifs et les décisions jurisprudentielles. Elle peut être également observée dans les ouvrages et articles de doctrine relatifs à l'arbitrage.

Dès 1701, Jean Frai Tremblai rappelle aux arbitres leurs devoirs de probité et de prudence et leur défend toutes fréquentations et familiarités susceptibles de créer un sentiment de partialité¹⁰⁸.

M. Jarrosson considère que l'« arbitrage apparaît placé sous la double influence de l'impartialité et de la sagesse »¹⁰⁹. MM. Fouchard, Gaillard et Goldman observent que « l'arbitre doit être indépendant et impartial »¹¹⁰.

¹⁰⁶ Paris, 5 juillet 1990, Société Uni-inter c/ société Maillard, Rev. arb. 1991, p. 360.

¹⁰⁷ Paris, 21 septembre 1989, Société La Belle Créole S.A. c/ Société the Gemtel Partnership, Rev. arb. 1990, p. 177.

¹⁰⁸ Jean Frai TREMBLAI : « Essais sur l'idée de Parfait Magistrat », 1701, p. 578.

¹⁰⁹ M. JARROSSON, op. cit., N.5.

¹¹⁰ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., N. 1021, p. 580.

M. Loussouarn invoque cumulativement la « compétence, l'impartialité et la neutralité » supports selon lui de la « confiance » qui constitue la « considération majeure qui privilégie l'arbitrage »¹¹¹. Mme Crépin s'interroge sur les conséquences d'un « défaut d'indépendance ou d'impartialité des arbitres »¹¹².

M. de Boissésou considère que « l'indépendance » est le seul visage de l'arbitre international » mais évoque aussi la nécessaire neutralité et l'impartialité des arbitres¹¹³. M. Minoli rejette le qualificatif d' « arbitre neutre » au profit d' « arbitre nommé de façon impartiale »¹¹⁴.

En conclusion, il nous semble que toutes ces notions sont utilisées le plus souvent indistinctement alors qu'il s'agit de termes qui répondent sans aucun doute à des idées particulières. Ainsi, l'articulation même de ces notions varie d'un système d'arbitrage à l'autre comme d'un auteur à l'autre.

Pour notre part nous noterons que la variété des termes et des formulations employés pour caractériser la nature du devoir d'indépendance de l'arbitre est révélatrice des incertitudes qui entourent encore cette question. Selon M. Henry, ces ambiguïtés terminologiques reflètent toutefois également pour une bonne part la gêne éprouvée à manier le concept même d'indépendance¹¹⁵.

L'articulation la plus courante consiste à invoquer les notions d'« indépendance », d'« impartialité » et de « neutralité ».

SECTION 2 : DISTINCTION AVEC LA NOTION D'IMPARTIALITÉ

Si l'on entend faire de l'indépendance et de l'impartialité le « fondement de la fonction de juger » de l'arbitre¹¹⁶, il faut définir, de manière précise, la nature et le contenu du concept d'impartialité.

¹¹¹ Yvon LOUSSOUARN, *Journal des Tribunaux* 1982, p. 157.

¹¹² Sophie CREPIN : « Les sentences arbitrales devant le juge français », LGDJ, 1995, p. 231.

¹¹³ M. BOISSESON : « Le droit français de l'arbitrage », GLN éditions Joly, 2ème édition, 1990, N. 769, p. 778.

¹¹⁴ M. MINOLI : « Relations entre partie et arbitre », *Rev. arb.* 1970, p. 223.

¹¹⁵ M. HENRY, *op. cit.*, N. 204, p. 129.

¹¹⁶ TGI Paris, 28 octobre 1988, *Drexel c/ Philipp Brothers*, *cit.*, *Rev. arb.* 1990, p. 503.

L'impartialité est essentiellement définie de manière négative comme « le fait de n'être pas partial »¹¹⁷ ou encore d'être sans « parti-pris », la partialité est dans ces conditions l'état d'une personne qui prend parti pour ou contre quelqu'un ou quelque chose, au mépris de l'équité et de l'objectivité, sans souci de justice ni de vérité¹¹⁸. Être impartial c'est peser « sans acceptation des choses ou des personnes les raisons pour ou contre »¹¹⁹.

Il convient d'observer qu'en droit international public, le concept d'impartialité constitue l'une des deux facettes des devoirs auxquels sont astreints les pays neutres. À côté du devoir d'abstention, l'État neutre doit en effet se montrer impartial c'est à dire réserver aux belligérants une égalité de traitement¹²⁰.

Dans le cadre de la justice étatique, les notions d'indépendance et d'impartialité ont correspondu à deux idées bien différentes. Selon M. Henry la première viserait à garantir aux juges un statut protecteur de l'exécutif. La seconde s'analyserait comme une véritable obligation à la charge des magistrats. L'indépendance des juges serait essentiellement une prérogative statutaire; l'impartialité serait un devoir devant nécessairement être respecté par les magistrats, ces deux principes étant des conditions essentielles à la bonne administration de la justice¹²¹. La qualification de « devoir » ne devrait donc viser à proprement parler que le seul principe d'impartialité des juges.

On retrouve cette différence entre les principes d'indépendance et d'impartialité des magistrats dans le rapport rédigé par M. Singhavi sur le thème de « l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire », pour la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Dans ce rapport l'auteur observe que les juges doivent être libres de trancher (...) avec impartialité et sans ingérence. Il ajoute ainsi que « le plus important est que, partant, les juges sont déclarés indépendants et que l'on attend d'eux qu'ils soient impartiaux »¹²².

¹¹⁷ Grand Robert, sous impartial et partial.

¹¹⁸ Trésor de la langue française, sous impartial.

¹¹⁹ Encyclopédie Diderot et D'Alembert, sous impartial.

¹²⁰ Paul REUTER, Droit International Public, PUF 1958, p. 362.

¹²¹ M. HENRY, op. cit., p. 139.

¹²² Rapport final de M. L. SINGHAVI, du 31 juillet 1985 : « L'administration de la justice et les droits de l'homme détenus : étude sur l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, des jurés et

La Cour des droits de l'homme a eu l'occasion, dans le cadre notamment des affaires Piersack, Campbell et Fell et De Cuber de préciser le contenu de ces deux notions¹²³. Selon les principes posés par les instances européennes, l'indépendance suppose l'existence de garanties constitutionnelles ou légales protégeant les juges contre les pressions extérieures; elle implique une quasi inamovibilité de droit ou de fait et l'impossibilité juridique de leur donner des instructions¹²⁴.

La différence de nature que nous avons constaté entre ces deux principes ne signifie pas pour autant que ces principes ne soient pas liés dans le cadre de la justice étatique. La Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire Bramelid et Malmström montre une « relation fonctionnelle entre indépendance et impartialité, la première étant essentiellement destinée à assurer la seconde »¹²⁵. M. Singhavi note parallèlement dans son rapport que « l'indépendance est la condition préalable de l'impartialité »¹²⁶ et MM. Varinard, Vincent et Montagnier observent que l'indépendance statuaire des juges « concourt à cette impartialité en la préservant du risque de pressions de la part de l'État »¹²⁷.

En définitive on peut dire que si la distinction entre l'indépendance statuaire et le devoir d'impartialité des juges est clairement exprimée, le contenu même de la notion d'impartialité connaît une hésitation.

Nous avons pu observer que l'indépendance et l'impartialité du juge étatique ont chacune une signification et une fonction bien particulière, la première s'analysant plutôt comme une prérogative statuaire, la seconde comme une véritable obligation.

assesseurs et sur l'indépendance des avocats », Documents Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1985/18, N. 72 et s.

¹²³ Berger, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz Sirey 1984.

¹²⁴ Conclusions de l'avocat général Lucien CHARBONNIER, sous civ. 3 juillet 1985, Dalloz 1986, p. 546.

¹²⁵ Rapport de la Commission du 12 décembre 1983 dans l'affaire Bramelid et Malmström c/Suède, N. 33, p. 27.

¹²⁶ Rapport final pour la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, du 31 juillet 1985, cit., N. 188.

¹²⁷ La Justice et ses Institutions, Dalloz 1982, N. 67, p.76.

Nous avons vu que certaines législations et certains règlements d'arbitrage font référence à une notion unique telle que l'indépendance, tandis que d'autres mentionnent cumulativement l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Selon M. Henry, dans le deuxième cas, il pourrait être soutenu que les arbitres sont soumis à un devoir plus strict que dans la première hypothèse, sauf à faire de l'indépendance une notion résiduelle¹²⁸.

Ces interrogations trouvent en outre un fondement légitime dans le fait que les travaux préparatoires à l'adoption notamment de la Convention de Washington créant le CIRDI, du dernier règlement d'arbitrage proposé par la CCI font état des débats sur l'opportunité ou non d'adjoindre au devoir d'indépendance celui d'impartialité. Le choix en définitive de ne retenir que le seul concept d'indépendance pourrait être utilisé afin d'interpréter de manière assez lâche l'exigence d'indépendance des arbitres en considérant par exemple qu'un arbitre nommé par une partie pourra être partial aussi longtemps qu'il demeure indépendant¹²⁹.

La distinction entre l'indépendance et l'impartialité pourra également avoir une influence directe sur le régime de la preuve du manquement par l'arbitre à ses obligations. Selon que l'on accordera une nature objective ou subjective à l'une et l'autre de ces notions, la preuve de la mauvaise foi se révélera nécessaire ou non¹³⁰.

M. Gaillard voit ainsi dans la notion d'indépendance un « critère objectif » offrant « sans doute moins de prise à d'éventuelles contestations artificielles que le critère apparemment plus subjectif d'impartialité »¹³¹.

L'impartialité consiste selon M. Singhavi et fort justement à « appliquer le droit et rendre la justice selon sa conviction sans aucune acception de personne. Le juge doit avoir la capacité de surmonter l'emprise subconsciente de ses prédilections et juger sans sympathie et sans antipathie, sans crainte et sans favoritisme »¹³². Dans la même logique MM. Vincent, Montagnier et Varinard déduisent du devoir d'impartialité

¹²⁸ M. HENRY, op. cit., N. 213, p. 134.

¹²⁹ Pierre LALIVE : « Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse », Semaine juridique, Genève 1990, p. 362 et s.

¹³⁰ M. HENRY, op. cit., N. 214, p. 134.

¹³¹ E. GAILLARD: « Les Manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990, p. 761.

¹³² Rapport final pour la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, N. 64.

l'interdiction pour le juge, dans la décision qu'il va rendre, de tenir compte des justiciables en présence et de l'inclination ou de la réserve qu'il éprouve à l'égard de leur personne ou de la catégorie sociale à laquelle ils appartiennent¹³³.

Eisemann, sans les assimiler, paraît lier ces deux notions en faisant de l'indépendance de l'arbitre, la garantie apparemment exclusive de son impartialité. Selon cet auteur en effet, « exiger l'indépendance de l'arbitre » signifierait « garantir l'impartialité de cet arbitre »¹³⁴.

Selon l'opinion de M. Henry, il est impossible d'invoquer parallèlement et sur le même plan, l'indépendance et l'impartialité, cette dernière étant un élément constitutif de la première. En d'autres termes, il ne faut plus parler du devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre mais du devoir d'indépendance de l'arbitre, d'une part, et des obligations particulières susvisées d'autre part¹³⁵. Toujours selon cet auteur l'obligation de l'impartialité constitue un autre aspect particulier du devoir général d'indépendance de l'arbitre. L'impartialité signifie l'absence de prévention vis-à-vis à la fois des parties du litige et de l'objet même du litige¹³⁶.

On voit que la doctrine attribue à chacune de ces deux notions un domaine et un contenu bien distinct. On est assez d'accord avec un certain nombre d'auteurs qui ont relevé que l'indépendance serait une « notion objective » tandis que l'impartialité serait plutôt « subjective ». C'est à dire l'indépendance viserait la « situation de fait », la position dans laquelle se trouve l'arbitre, alors que l'impartialité s'analyserait comme une « disposition de l'esprit », une « attitude intellectuelle »¹³⁷.

La recherche de l'indépendance de l'arbitre s'appuie sur des éléments objectifs, facilement identifiables, comme l'existence de liens qu'auraient noués l'arbitre et une

¹³³ MM. VINCENT, MONTAGNIER, VARINARD, op. cit., N. 88, p.99.

¹³⁴ F. EISEMANN : « Indépendance de l'arbitre », Rev. arb. 1970, p.218.

¹³⁵ M. HENRY, op. cit., p. 152.

¹³⁶ M. HENRY, op. cit., N. 246, p.154.

¹³⁷ J. ROBERT, op. cit., N. 135, p. 114, L. MATRAY : « La déontologie de l'arbitrage commercial international », RDIDC 1985, N. 20, p.111, Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit., N.1028, p. 582.

partie, la recherche de l'impartialité repose, elle, sur des éléments subjectifs qui ressortissent surtout au raisonnement suivi par l'arbitre¹³⁸.

Les auteurs en déduisent que rien ne s'oppose à ce que soit impartial l'arbitre qui ne serait indépendant et vice et versa. Par exemple un arbitre indépendant peut faire preuve de partialité indique M. de Boissésou ; un arbitre qui a entretenu des relations d'affaire avec une partie peut éventuellement faire abstraction de cette situation et juger en arbitre impartial ajoute-t-il¹³⁹. Ainsi, selon M. Lalive, « le haut fonctionnaire d'un gouvernement, le dirigeant ou l'employé d'une société partie à l'arbitrage n'est pas indépendant, mais il pourrait être impartial, ne serait ce pour démontrer que son jugement n'est pas affecté par sa situation. En revanche, un arbitre parfaitement indépendant pourrait le cas échéant être partial »¹⁴⁰.

Quant à la jurisprudence française on peut dire que celle-ci est en faveur de la distinction entre l'indépendance et l'impartialité (Voir la section précédente). Ainsi ajoute M. Loquin qu'« au cours de ces dernières années, la jurisprudence a affiné son analyse et distingue désormais nettement l'indépendance et l'impartialité »¹⁴¹. Tout en affirmant la distinction, les tribunaux ne définissent pas le contenu de ces notions. Cependant, quelque fois ils font référence à ces notions de manière indistincte, par exemple des liens entretenus par un arbitre avec le créancier de la partie qui l'avait désigné¹⁴², de relations d'affaires que les arbitres pourraient entretenir avec certaines parties au litige¹⁴³, d'hypothèses de prévention et de dépendance vis-à-vis de sociétés participant à l'arbitrage¹⁴⁴.

Selon M. Henry la distinction opérée par la jurisprudence française est assez arbitraire et ne saurait donc justifier le caractère « pluraliste » qu'elle prête au devoir d'indépendance des arbitres. C'est à dire qu'un certain nombre de décisions au lieu

¹³⁸ A. – E. KAHN : note sous Cass. 1re civ., 24 mars 1998 (Sté Excelsior Film TV), JDI 1999, p. 159.

¹³⁹ M. de BOISSESON, op. cit., N. 770, p.781.

¹⁴⁰ P. LALIVE, art. cit., p.364.

¹⁴¹ E. LOQUIN : « Les garanties de l'arbitrage », Petites affiches 2 octobre 2003, p. 13.

¹⁴² Cour de Cassation Paris, 20 février 1974, op. cit., p. 238.

¹⁴³ TGI Paris (Réf.), 28 oct. 1988, op. cit., p.503.

¹⁴⁴ TGI Paris, 1er avril 1993, Etat de Dubai et société Dubai Drydocks c/ sociétés Halcrow et F. Mc Williams, Rev. arb. 1993, p. 455 et s.

d'exprimer seulement le devoir d'indépendance, ils font référence cumulée aux notions d'« indépendance » et d'« impartialité »¹⁴⁵.

En définitive, nous considérons que la notion d'impartialité est stricte parce qu'il nous semble qu'elle concerne les relations entre l'arbitre et les parties mais la notion d'indépendance est plus large parce qu'elle vise les relations entre l'arbitre et les parties ainsi que l'arbitre et l'objet du litige et c'est la raison pour laquelle elle englobe la notion d'impartialité aussi. De ce point de vue, la jurisprudence française est critiquable. Il nous semble qu'en faisant une référence cumulée à ces deux notions elle limite le domaine de l'indépendance.

Il arrive toutefois que l'un ou l'autre des concepts l'indépendance et l'impartialité soit remplacé par la notion de neutralité.

SECTION 3 : LA DISTINCTION AVEC LA NOTION DE NEUTRALITÉ

Nous avons vu précédemment que la notion de neutralité était aussi utilisée cumulativement ou alternativement avec la notion d'indépendance. Il nous semble que les définitions de la neutralité, données par les dictionnaires et les encyclopédies, sont insuffisantes pour la différencier des différentes notions voisines. Parce qu'il y a des définitions qui ne distinguent pas des autres notions voisines.

La définition du Grand Robert assimile la neutralité à l'impartialité visée dans la section précédente. Selon cet ouvrage, l'individu « neutre » est la personne qui « s'abstient de prendre parti, de s'engager d'un côté ou de l'autre, soit par objectivité soit par crainte ou manque d'intérêt »¹⁴⁶.

Selon l'Encyclopédie Diderot et D'Alembert, être « neutre » signifie être « ni de l'un, ni de l'autre, ni à l'un ni à l'autre, ni pour l'un ni pour l'autre, indépendant de tous deux, indifférent ou impartial entre les deux »¹⁴⁷.

¹⁴⁵ M. HENRY, op. cit., N. 230, p. 144.

¹⁴⁶ Grand Robert, sous neutralité.

¹⁴⁷ Encyclopédie Diderot et D'Alembert, sous neutre.

Néanmoins, le droit international public a distingué les notions de neutralité et d'impartialité, la seconde visant à garantir la première en empêchant tout traitement préférentiel en droit d'un des belligérants¹⁴⁸.

D'autres définitions sont proposées par différents auteurs. Selon M. Cornu, au sens moral du terme, la neutralité du juge est « l'attitude d'impartialité du juge qui, exempt de toute idée préconçue, examine avec la même attention les éléments favorables ou défavorables à chacune des parties »¹⁴⁹.

M. Lalive estime que « la neutralité de l'arbitre doit se comprendre au sens le plus large comme dépassant de beaucoup la neutralité politique (dont un signe ou un symbole est la nationalité « tierce » par rapport aux parties) et comme comprenant aussi la neutralité « culturelle », c'est à dire une ouverture d'esprit, une absence de nationalisme juridique, une prédisposition à la méthode comparative ». L'auteur observe ensuite que comme l'écrivait René David, « un arbitre imbu d'une seule forme de pensée, d'une seule culture juridique, ne saurait inspirer la confiance nécessaire aux parties à un arbitrage international et, d'un point de vue plus général, la prise en considération de traditions et mentalités étrangères s'impose, si l'on veut créer un ordre international juste »¹⁵⁰.

M. de Boissésou estime dans le même sens que la neutralité consiste en une certaine distance que l'arbitre prend vis-à-vis de sa culture juridique, politique et religieuse, sans toutefois la renier¹⁵¹. M. Derains aussi observe qu'un tribunal pourra être impartial sans pour autant être neutre, en ce que le juge partagera avec le national et son conseil un même héritage culturel que ce soit au plan linguistique, économique ou surtout juridique¹⁵².

Contrairement à la formule traditionnelle, selon laquelle « l'arbitre doit être indépendant, neutre et impartial » et qui met sur le même plan les préceptes d'indépendance, de neutralité et d'impartialité, M. Henry considère que l'arbitre doit être indépendant c'est à dire neutre, impartial et objectif. Il invoque trois éléments constitutifs du devoir

¹⁴⁸ P. REUTER, op. cit., p.362.

¹⁴⁹ Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 2ème édition, 1990.

¹⁵⁰ P. LALIVE, art. cit., Semaine Judiciaire, 1990, p. 366.

¹⁵¹ M. BOISSESON, op. cit. N. 770, p. 782.

¹⁵² Yves DERAIS, op. cit., p. 2.

d'indépendance (neutralité, impartialité, objectivité) et il observe également que ces trois éléments sont tout à fait indifférents, il n'établit donc aucun rapport hiérarchique « entre ces divers éléments »¹⁵³.

L'auteur entend exprimer par l'obligation de neutralité l'idée du nécessaire détachement dont doit faire preuve l'arbitre par rapport à l'environnement juridique, économique et politique dont il est issu. Bien entendu cette neutralité ne signifie pas que par l'acceptation de sa mission, l'arbitre doive se transformer en une sorte de mutant désincarné et omniscient. L'arbitre sera, au contraire, choisi en raison de la confiance dont il jouit auprès des parties, laquelle confiance est basée précisément sur la personnalité de l'arbitre ainsi que sur son appartenance à telle ou telle culture juridique. C'est justement parce que l'arbitrage permet cette confrontation de cultures juridiques différentes qu'il recueille les faveurs de la communauté internationale. De cette confrontation pourra naître la solution la plus juste pour les parties en cause¹⁵⁴.

Cette idée a été exprimée ainsi par M. de Boissésou. L'auteur observe que, l'arbitre étant un « être de chair et de culture », sa neutralité ne signifie pas qu'il ne puisse « se conduire de façon différente suivant la culture à laquelle il se rattache » ; elle s'oppose simplement à ce que celui-ci soit « une vivante projection » de ce milieu culturel auquel il appartient. M. de Boissésou en déduit, à juste titre, que l'obligation de neutralité nécessite que l'arbitre se conforme « à ce qu'on pourrait nommer la dialectique arbitrale : sa singularité, ses convictions, sa culture, il ne saurait les renier, mais il doit dans un sens, les nier, c'est à dire au sens du terme allemand « aufheben », les conserver et les dépasser ». Tel est, selon l'auteur, le mouvement intellectuel qui seul permet la rencontre des traditions différentes. M. de Boissésou conclut en observant que la « vocation arbitrale » se réalise justement dans cette rencontre de traditions différentes¹⁵⁵.

M. Derains de son côté constate que « c'est dans l'arbitrage que les opérateurs du commerce international ont trouvé le mode de solution des litiges neutres qu'ils appelaient de leur vœux », par opposition aux tribunaux étatiques qui ne sauraient

¹⁵³ M. HENRY, op. cit., N. 243, p. 152.

¹⁵⁴ M. HENRY, op. cit., N. 245, p. 152-153.

¹⁵⁵ M. de BOISSESON, op. cit., N. 769, p. 781.

constituer un « forum neutre ». Il n'y a donc pas d'obstacle de principe à l'édiction d'une obligation de neutralité à sa charge. Il entend faire jouer à l'arbitrage international le rôle d'un mode de solutions des litiges du commerce international qui se caractérise par la neutralité et l'efficacité¹⁵⁶.

Néanmoins selon M. Clay, il faut convenir que la notion de neutralité ne se distingue pas aisément des autres notions déjà évoquées et que, si l'on veut vraiment la dissocier, on ne peut s'en remettre qu'à une formulation *a minima*¹⁵⁷ comme celle qu'avait proposée un auteur : « La neutralité peut se définir (...) comme l'acceptation par avance, de la vérité qui s'impose »¹⁵⁸, et ajouter que, comme le disait Henri Motulsky, elle est « inhérente à la qualité même du juge »¹⁵⁹

Quant à la jurisprudence française, on y trouve un certain nombre de jugements qui évoquent la neutralité. Par exemple dans l'affaire de République Guinée, déjà citée¹⁶⁰, le Tribunal de grande instance de Paris a énoncé que « dès lors qu'ils (les parties) constatent que la neutralité de tous les arbitres désignés, constitués en juridiction collégiale et légitimement investis, n'avait jamais été discutée, les premiers juges ne pouvaient que rester totalement étrangers à une instance qui relevait désormais d'autres juges ... »¹⁶¹.

Ainsi M. Robert notait pour l'affaire de Stolz, déjà citée, du tribunal de grande instance de Paris que « l'ordonnance admet que la situation analysée (*l'arbitre poursuivait depuis un certain temps une mission personnelle de conseil et d'assistance technique à l'une des parties à l'arbitrage*) ne constitue pas une erreur sur la personne, comme ne constituant pas en elle-même un obstacle à la désignation de l'arbitre; l'ordonnance n'en considère pas moins que cette même situation est cependant de nature à faire douter l'autre partie de son indépendance et de sa neutralité »¹⁶².

¹⁵⁶ Y. DERAIS, op. cit., p. 3-4.

¹⁵⁷ T. CLAY, op. cit., N. 293, p. 247.

¹⁵⁸ M. A. FRISON – ROCHE : Généralités sur le principe contradictoire (droit processuel). These Paris II, sous la direction de Jean Foyer, dact., soutenue le 9 juin 1988, No.163, note 1015.

¹⁵⁹ H. MOTULSKY : « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », publié in Ecrits. Etudes et notes de procédure civile. Préface de G. Cornu et J. Foyer, Dalloz, I- 1973, p. 60.

¹⁶⁰ Voir page 16 et 18.

¹⁶¹ Rev. arb. 1988, p. 658.

¹⁶² J. ROBERT, Rev. arb. 1988, p. 322.

Enfin un certain nombre de décisions font une référence cumulée aux notions d'indépendance, d'impartialité et de neutralité, ou encore d'indépendance et de neutralité.

Selon M. Clay il semble qu'une seule définition suffise à expliquer l'ensemble des cas où seraient mises en cause l'impartialité, l'indépendance et la neutralité. Pour englober toutes ces situations, il paraît même impératif qu'il n'y ait qu'une définition, rangée derrière un terme générique unique, en l'occurrence celui d'indépendance. Il faut prendre l'indépendance comme une notion refuge, ou notion résiduelle, c'est à dire comme une notion qui va « attirer à elle en principe, toutes les hypothèses qui semblent de prime abord lui revenir au même titre qu'à une autre quelconque notion appartenant à la même famille de notion »¹⁶³.

Cependant selon M. Henry la notion d'indépendance aurait fait l'objet d'une approche moniste pour laquelle la notion d'impartialité lui était substitutable¹⁶⁴ et d'une approche dualiste pour laquelle l'indépendance s'entendait tantôt *stricto sensu*, tantôt *lato sensu*, c'est à dire comme terme générique composé de l'impartialité, de la neutralité et de l'objectivité¹⁶⁵.

Conclusion sur la distinction terminologique de la notion d'indépendance

Il nous semble qu'il existe deux conceptions de la notion d'indépendance. Dans une conception stricte l'indépendance est une obligation particulière, limitée, qui se distingue d'une obligation d'impartialité à laquelle est parfois adjointe une obligation de neutralité. Dans une conception large, l'indépendance est une obligation générale qui engloberait ces diverses obligations, c'est-à-dire l'obligation d'indépendance proprement dite et les obligations d'impartialité et de neutralité.

Pour notre part, on est favorable à la deuxième conception c'est-à-dire une obligation générale d'indépendance qui englobe ces deux notions voisines. Premièrement, les

¹⁶³ Th. CLAY, op. cit., N. 300, p. 251.

¹⁶⁴ M. HENRY, op. cit., N. 225, p. 140.

¹⁶⁵ M. HENRY, op. cit., N. 226-230, p.141 et s.

notions d'impartialité et de neutralité ne sont pas différentes ; il ne préfigure aucun rapport hiérarchique entre ces deux notions. Parce qu'elles sont toutes les deux subjectives, c'est-à-dire se rapportent aux relations entre l'arbitre et les parties.

Comme M. Henry par obligation de neutralité nous entendons exprimer l'idée du nécessaire détachement dont doit faire preuve l'arbitre par rapport à l'environnement juridique, économique et politique dont il est issu. Mais de l'autre côté, l'arbitre sera choisi en raison de la confiance dont il jouit auprès des parties, laquelle confiance, selon nous, est basée précisément sur les relations entre l'arbitre et les parties. Ainsi, l'obligation d'impartialité signifie, selon nous, l'absence de prévention vis-à-vis des parties au litige. On voit que, chacune de ces deux notions, constituant un aspect du devoir général d'indépendance mis à la charge des arbitres, restent toujours subjectives.

Deuxièmement, l'indépendance est définie comme « le fait de jouir d'une entière autonomie à l'égard de quelqu'un ou de quelque chose »¹⁶⁶ ou encore comme le définit M. Cornu « le fait d'exercer seul et en toute liberté les pouvoirs conférés »¹⁶⁷. Quand on regarde à la définition de l'indépendance on voit qu'elle ne prévoit pas seulement les relations entre l'arbitre et les parties mais aussi celles entre l'arbitre et l'objet du litige. C'est la raison pour laquelle il ne faut pas invoquer cumulativement ces deux notions avec l'indépendance.

Pour finir, on remarquera que nous nous sommes efforcés de plutôt invoquer le « devoir d'indépendance de l'arbitre » par opposition aux « obligations » particulières d'impartialité et de neutralité qui le constituaient. Cette formulation présente selon nous, deux avantages :

- le principe même de la différence de terminologie permet de bien souligner la distinction opérée entre la notion générale d'indépendance et les autres notions particulières ;
- la notion de « devoir » a le mérite de refléter le fondement que nous souhaiterions donner au précepte d'indépendance des arbitres.

¹⁶⁶ Trésor de la langue française, sous « indépendance ».

¹⁶⁷ G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, sous « indépendance ».

Il faut ajouter aussi qu'elle doit être un devoir effectif. Mais pour être un devoir effectif, la sanction de sa violation doit être prévue, et selon M. Clay la seule façon de l'envisager est de prévoir des sanctions en cas de violation de l'ensemble des obligations de l'arbitre et d'y rattacher celle de l'indépendance¹⁶⁸.

Lors de la deuxième partie de notre étude nous allons étudier ces sanctions qui assurent le principe d'indépendance de l'arbitre et nous verrons que ce ne sont pas seulement les sanctions qui sont prévues ; il y a aussi le devoir de révélation imposé aux arbitres toujours pour assurer ce principe.

DEUXIÈME PARTIE:

PRÉVENTION ET SANCTION DE LA DÉPENDANCE DE L'ARBITRE

Pour assurer le principe d'indépendance des arbitres, il faut essayer de proposer un certain nombre des règles indépassables pour éviter que l'arbitre s'abandonne, sans quoi, comme cela a été écrit, l'arbitre indépendant risque de n'être plus un jour « qu'un souvenir du droit, un heureux souvenir du droit ! »¹⁶⁹. Si depuis lors le rapport de confiance existant entre les parties et l'arbitre continue d'être une composante fondamentale de l'arbitrage, il est devenu indispensable de

¹⁶⁸ Th. CLAY, op. cit., N. 301, p. 252.

¹⁶⁹ J.D. BREDIN, op. cit., p. 360.

prévoir des mécanismes permettant de garantir le respect par l'arbitre de ce qu'autrefois son « code de l'honneur » pouvait lui dicter¹⁷⁰.

Dans la deuxième partie de notre étude nous verrons que deux types de garanties peuvent être utilisées. Une première garantie vise à imposer à l'arbitre, à titre préventif, de révéler aux parties toutes relations qu'il aurait pu avoir avec les parties ou l'objet du litige (Chapitre 1). Une seconde garantie vise à sanctionner les atteintes à l'indépendance de l'arbitre (Chapitre 2).

CHAPITRE 1:

LA PRÉVENTION DE LA DÉPENDANCE DE L'ARBITRE

Pour permettre aux parties à l'arbitrage d'apprécier l'indépendance des arbitres, il est nécessaire qu'une pleine transparence existe sur les rapports que pourrait entretenir l'arbitre avec les parties ou avec l'objet du litige. L'on ne saurait dès lors concevoir un devoir d'indépendance des arbitres sans que celui-ci se traduise par un devoir de révélation aux parties de toute circonstance de nature à préjudicier à sa nécessaire indépendance¹⁷¹. Outre l'expression « obligation de révélation », on peut parler d'« obligation de divulgation » expression utilisée par M. Fouchard, M. Gaillard et M. Goldman¹⁷², ou « obligation de déclaration » qu'on voit apparaître dans un arrêt de la Cour de Cassation¹⁷³, ou « obligation

¹⁷⁰ R. DAVID, op. cit., N. 275, p. 348.

¹⁷¹ Marc HENRY : « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », Rev. arb. 1999, p. 216.

¹⁷² Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., N. 1055, p. 596.

¹⁷³ Cass. 2ème civ., 14 novembre 1990 (Société Graines d'élite Clause), Bull. Civ. II, No. 230 ; Rev. arb. 1991, p. 75.

d'information »¹⁷⁴ ou «légale d'information »¹⁷⁵ ou encore d'« obligation de renseignement »¹⁷⁶ que la jurisprudence et la doctrine utilise. Pour notre part, nous retiendrons l'expression le « devoir de révélation » qui est la plus utilisée. Dans ce chapitre de notre étude, nous allons essayer de montrer l'affirmation du devoir de révélation de l'arbitre (section 1), avec ses sanctions (section 2).

SECTION 1: LE DEVOIR DE RÉVÉLATION DE L'ARBITRE

Pour permettre aux parties a l'arbitrage d'apprécier l'indépendance des arbitres, il est nécessaire qu'une pleine transparence existe sur les rapports que pourrait entretenir l'arbitre avec les parties ou avec l'objet du litige. L'on ne saurait dès lors concevoir un devoir d'indépendance des arbitres sans que celui-ci se traduise par un devoir de révélation aux parties de toute circonstance de nature a préjudicier à sa nécessaire indépendance.

Le devoir de révélation de l'arbitre a été consacré par le droit français (A) ainsi que par nombre de règlements d'arbitrage (B), qui va nous donner un avis sur l'importance du devoir de révélation de l'arbitre (C).

A) Affirmation du devoir de révélation dans le droit français

Dans le droit français le devoir de révélation a en premier lieu été imposé de manière indirecte par la jurisprudence.

Dans l'affaire Ury, par exemple, la Cour de Cassation a retenu l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à la qualité de l'indépendance de l'esprit de l'arbitre comme une circonstance de nature à vicier le consentement donné par elle à la convention d'arbitrage, ce qui justifiait la

¹⁷⁴ Paris 28 octobre 1999 (SA Fretal), Rev. arb. 2000, p. 299.

¹⁷⁵ Paris 2 juin 1989 (Société T.A.I.), Paris 2 juin 1989 (Gemanco), Rev. arb. 1991, p. 87 (1re et 2ème esp.).

¹⁷⁶ M. de BOISSESON : « Le droit français de l'arbitrage interne et international », GLN Joly, 1990, N. 268.

nullité de cette dernière¹⁷⁷. En l'espèce l'arbitre avant d'être désigné, avait donné une consultation écrite à l'une des parties qui était favorable à sa thèse.

M. Eisemann, dans son article paru en 1975, a fait référence à un arrêt de la Cour de Cassation du 20 février 1974, dans une affaire Forges et ateliers de Commentry Oissel, dans laquelle la Cour avait prononcé à la nullité de la convention d'arbitrage, le comportement d'une des parties ayant été vicié du fait que la qualité de « chargé de mission » auprès de l'un des principaux créanciers de la partie adverse n'avait pas été révélée à ladite partie¹⁷⁸.

En 1979, la Cour d'appel de Paris se fondait sur l'absence de révélation d'une circonstance particulière pour conclure cette fois non à la nullité de la convention d'arbitrage mais à celle de la sentence pour violation des droits de la défense de la partie non informée qui n'avait pu de ce fait « être en mesure d'exercer son droit de récusation ». En l'espèce, certains des membres de la Commission avaient, avant la naissance du litige, connu des éléments du litige. La Cour a énoncé que le renseignement donné aux parties en cours d'audience était trop imprécis pour permettre de connaître le contenu exact de cette information, afin de justifier, le cas échéant, la récusation du membre de la Commission¹⁷⁹.

Dans un arrêt du 12 novembre 1998 de la Cour d'appel de Paris, il y avait un autre cas qui illustre la nécessité d'une révélation complète de tous les liens noués. Une partie a agi en récusation contre un arbitre uniquement parce qu'elle s'était aperçue qu'il tutoyait l'autre partie en dehors des audiences. Ce fait suffisait à montrer, selon elle, que la nature de la relation entretenue avec l'autre partie n'avait pas été clairement révélée¹⁸⁰.

En 2003, la même Cour d'appel de Paris a exprimé nettement qu'« il est de principe que l'arbitre doit révéler aux parties toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute

¹⁷⁷ Civ. 13 avril 1972, cit., Rev. arb. 1975, p. 235.

¹⁷⁸ Rev. arb. 1975, p. 238.

¹⁷⁹ Paris, 4 décembre 1979, Cornu c/Comptoir Commercial André, Rev. arb. 1981, p. 146.

¹⁸⁰ Paris 12 novembre 1998, Sociétés civile financière Azzaro et autres c/ consorts Cattan.

raisonnable sur les qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont de l'essence même de la fonction arbitrale »¹⁸¹.

L'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation le 12 février 2004 affirme nettement aussi le devoir de révélation. En l'espèce, selon le demandeur au recours en révision, l'arbitre désigné par la CIGP aurait dissimulé les liens qu'il entretenait avec certaines des sociétés du Groupe Capitaux, liens établis par le demandeur dans les deux mois précédant l'assignation en révision grâce à des extraits Kbis (document d'identification des personnes morales). Par ailleurs, l'arbitre désigné par la CIGP aurait eu des « liens privilégiés » avec le président du tribunal arbitral, lesquels auraient tenu au fait que les réunions d'arbitrage avaient eu lieu dans les locaux appartenant à une société dont cet arbitre était administrateur, le président du tribunal arbitral étant lui-même administrateur de la société dont cet arbitre était le commissaire aux comptes¹⁸².

Le devoir de révélation a trouvé une consécration légale dans plusieurs législations ainsi que dans la loi-type de CNUDCI. L'article 12 paragraphe 1 de la loi-type dispose que « lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes les circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance ... ».

Le décret français de 1980 sur l'arbitrage interne a également consacré le devoir de révélation en introduisant un article 1452 qui prévoit dans son alinéa 2 que : « L'arbitre qui suppose, en sa personne, une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord des parties ».

B) L'affirmation du devoir de révélation dans les règlements d'arbitrage

Les règlements d'arbitrage ont également pour la plupart formalisé ce devoir de révélation. L'article 9 du Règlement CNUDCI énonce que « tout arbitre dont la nomination est envisagée, signale à ceux qui l'ont pressenti toutes circonstances de

¹⁸¹ Ch. 1re G., 2 avril 2003, Fremarc c/ ITM Entreprises, Rev. arb. 2003/2, p. 1232.

¹⁸² C. Cass. 2ème Ch. civ., 12 février 2004, M. c/ société Groupe Capitaux (Perinvest), Rev. arb. 2004, p. 359 et s.

nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance. Une fois qu'il a été nommé ou choisi, un arbitre signale lesdites circonstances aux parties, s'il ne l'a déjà fait ».

Quant au règlement CCI, l'article 7.2 de celui-ci dispose que: « Avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'indépendance et fait connaître par écrit au Secrétariat, les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties ... ».

Avant de passer aux autres règlements d'arbitrage il nous semble nécessaire de définir cette déclaration d'indépendance et nous nous proposons de prendre celle faite par M. Clay. En faisant l'étude du devoir de révélation dans sa thèse, il distingue cette obligation (il n'utilise pas le terme de devoir contrairement à M. Henry) avant et après l'instance arbitrale. Parce que selon lui l'obligation de révélation avant l'instance arbitrale prend la forme d'une déclaration d'indépendance, qu'il définit comme l'acte par lequel les arbitres révèlent aux deux parties tous les liens qu'ils ont déjà noués, ou non, avec chacune d'entre elles. L'exigence de cette déclaration est admise et répandue¹⁸³, au point que certains auteurs y voient une règle matérielle de l'arbitrage international¹⁸⁴.

L'article 3 du Règlement de la LCIA dispose que: « Avant nomination par la Cour, au cas où le greffier le demanderait, tout arbitre devra fournir un *curriculum vitae* indiquant ses fonctions professionnelles présentes et passées, qui sera communiqué aux parties.

Dans tous les cas, chaque arbitre signera une attestation déclarant qu'il n'existe aucun fait susceptible de donner naissance à des doutes justifiés quant à son impartialité ou à son indépendance et qu'il portera immédiatement, à la connaissance de la Cour et de toutes les parties, tout fait de cette nature survenant ultérieurement avant la fin de l'arbitrage ».

¹⁸³ P. LALIVE : « Rapport de synthèse », La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres, 6ème colloque CCI-CIRDI-AAA, Paris 27 octobre 1998, ICC Publishing No. 472, p. 134.

¹⁸⁴ Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., N. 1056, p. 596.

L'article 19 du Règlement de l'AAA n'impose un devoir de révélation qu'aux seuls « neutral arbitrators » en prévoyant que: « any person appointed as neutral arbitrator shall disclose to the AAA any circumstance likely to affect impartiality, including any bias or any financial or personal interest in the result of the arbitration or any past or present relationship with the parties or their representatives »¹⁸⁵.

L'article 6 paragraphe 2 du Règlement du CIRDI dispose que: « Avant la première session du Tribunal ou lors de cette session, chaque arbitre signe la déclaration suivante:

À ma connaissance, il n'existe aucune raison susceptible de m'empêcher de faire partie du tribunal arbitral. (...). Une déclaration concernant mes relations professionnelles d'affaires et autres (s'il en existe) avec les parties est jointe à la présente ».

Les divers exemples cités ci-dessus nous montrent que le devoir de révélation est aujourd'hui consacré par un grand nombre de textes légaux ainsi que de règlements d'arbitrage.

Selon M. Henry la consécration légale du devoir de révélation devrait être généralisée. Sa présence dans la loi-type ainsi que dans le règlement-type de CNUDCI ne peut qu'être approuvée. Cette consécration légale ne signifierait pas que le fondement du devoir de révélation se verrait attribuer un caractère légal. Le devoir de révélation demeurerait un devoir moral à la charge de l'arbitre qui lui permettrait d'attester auprès des parties qu'il a bien conscience de son devoir fondamental d'indépendance. Il nous semble qu'au même titre que la formulation du devoir d'indépendance, le devoir de révélation gagnerait à être formellement édicté par les législations sur l'arbitrage, qu'il s'agisse d'arbitrage interne ou international¹⁸⁶.

La consécration légale a pour principal mérite, d'une part, de rappeler aux arbitres la nature de leurs principales obligations morales, d'autre part, de

¹⁸⁵ Yearbook, 1989, p. 274.

¹⁸⁶ M. HENRY, op. cit., N. 350, p. 235.

faciliter l'exercice éventuel d'une action en responsabilité de l'arbitre, qui aurait dissimulé certaines circonstances de nature à faire douter de son indépendance.

Quant à la formulation même de ce devoir, on voit deux types d'identification principaux:

- **certaines textes, comme l'article 1452 du NCPC français, font obligation à l'arbitre de révéler « les causes de récusation » qu'il suppose en sa personne ;**
- **d'autres textes, comme l'article 12 de la loi-type de CNUDCI, font référence aux « circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance ».**

Nous partageons l'opinion de M. Henry¹⁸⁷ que le premier type de formulation est trop restrictif. En effet, nous voyons en ce domaine non pas les causes de récusation des arbitres mais d'une manière plus générale les circonstances de nature à préjudicier à leur indépendance.

C) L'importance du devoir de révélation

En effet, la réglementation de l'article 1452 du NCPC fait l'objet de débats jurisprudentiels et doctrinaux. Selon ces analyses, il nous semble que deux questions se posent:

- 1) Le devoir de révélation doit-il s'apprécier au regard des seules hypothèses prévues pour les magistrats à l'article 341 du NCPC ?**
- 2) L'arbitre est-il tenu objectivement de révéler toute circonstance qui d'une manière ou d'une autre pourrait le lier à l'une des parties, ou peut-il subjectivement apprécier l'opportunité de révéler telle ou telle circonstance au regard de son incidence prévisible sur son jugement ?**

¹⁸⁷ M. HENRY, op. cit., N. 351, p. 235.

1) À la première question la Cour de Cassation a répondu par l'affirmative dans un arrêt du 14 novembre 1990 en affirmant que « l'obligation de déclaration imposée à l'arbitre par l'article 1452 alinéa 2 du NCPC implique que cette déclaration porte sur des faits prévus par un texte »¹⁸⁸. La Cour approuve en conséquence les juges du fond d'« avoir relevé que les griefs invoqués à l'encontre de l'arbitre n'entraient pas dans les cas visés à l'article 341 du NCPC, aucune convention particulière n'étant alléguée » et rejette donc la demande en nullité de la sentence.

Dans un arrêt du 29 octobre 1991, la Cour de Cassation a confirmé encore en observant que: « La Cour d'appel (de Douai), qui énonce à bon droit que l'article 341 du NCPC est applicable à la récusation des arbitres et constate qu'aucune des causes de récusation énumérées par ce texte ne pouvait être invoquée à l'encontre M. Gruwez, en a exactement déduit que celui-ci n'était pas tenu d'informer les parties d'une cause de récusation qu'il aurait pu supposer en sa personne »¹⁸⁹.

M. Loquin approuve la position de la Cour de Cassation pour des raisons de sécurité juridique¹⁹⁰. Toutefois M. Fouchard et M. Jarrosson critiquent cette décision. Selon M. Fouchard, si la position de la Cour de Cassation devait être maintenue, elle serait source d'une grave incohérence dans la mise en oeuvre des exigences prévues dans l'article 341 du NCPC, en raison de la multiplicité des moyens permettant d'en assurer le respect. On trouverait d'un côté l'obligation de révélation et la récusation judiciaire de l'arbitre, qui seraient limitées aux causes de l'article 341. Et de l'autre, d'abord la récusation organisée par les centres d'arbitrage, qui peut être fondée sur toute espèce de circonstances que ceux-ci jugent pertinentes, et surtout l'ensemble des autres sanctions judiciaires ouvertes par le droit de l'arbitrage et le droit commun¹⁹¹.

Selon M. Jarrosson aussi, d'une part, les dispositions du NCPC ne renvoient pas de manière générale au droit commun sauf par exception et les articles 1452 alinéa

¹⁸⁸ Civ. 14 novembre 1990, Société Graine d'Elite Clause c/ Gérin, Rev. arb. 1991, p. 75, note Jarrosson, RTD Com. 1992, p. 167, Note E. Loquin.

¹⁸⁹ Com. 29 octobre 1991, Lexilaser Cassation.

¹⁹⁰ Note cit., RTD com. 1992, p. 167.

¹⁹¹ Ph. FOUCHARD : « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996, p. 325.

2 et 1463 NCPC visent sans les définir « une cause de récusation ». D'autre part, la composante contractuelle de l'arbitrage impose une adaptation des règles de récusation judiciaire. L'arbitre est un juge choisi en raison de ses qualités personnelles. Dès lors, l'auteur considère que l'arbitre, puis le juge, doivent « apprécier au cas par cas si tel élément peut constituer une cause de récusation »¹⁹².

M. Henry, contrairement à l'opinion de M. Loquin, n'approuve pas la Cour d'appel de Paris de n'avoir pas reproduit le raisonnement susvisé de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 23 mars 1995¹⁹³. Selon lui, en tout état de cause, depuis un arrêt de la Cour de Cassation du 28 avril 1998¹⁹⁴, il ne devrait plus y avoir d'intérêt à invoquer l'article 341 puisqu'il est maintenant admis que la liste contenue à l'article n'est pas limitative. Dans un arrêt du 12 janvier 1999, la Cour d'appel de Paris énonce que l'obligation d'information consiste pour l'arbitre à « révéler dès qu'il en a connaissance, tout fait ou circonstance de nature à faire légitimement douter de son indépendance »¹⁹⁵. Selon l'auteur, cette formulation est intéressante en ce qu'elle vise la notion d'indépendance en général et écarte toute référence à la notion étiquée de « cause de récusation ». Cependant il ajoute ainsi que « ce n'est pas dire pour autant qu'il exclue toute référence à l'article 341 »¹⁹⁶.

Selon M. Clay, à l'instar de l'arrêt 12 janvier 1999, le système extensif mérite pourtant d'être défendu. Parce qu'en premier lieu on peut constater par analogie qu'une disposition légale française interdit certains liens entre les juges et les conseils (article R. 721-3 C. org. jud.). Deuxièmement, on peut remarquer qu'il existe des cas où certains conseils désignent toujours les mêmes arbitres sans que les parties le sachent, ce qui crée des connivences incompatibles avec une indépendance absolue des arbitres, et engendre une situation malsaine. Sur ce point, M. Fouchard avait souligné il y a déjà longtemps, le « malaise » provoqué

¹⁹² Ch. JARROSSON, *Rev. arb.* 1975, p. 75 et s.

¹⁹³ Paris, 23 mars 1995, Société Maec SA, Société Domiticom Sarl c/ P. Mumbach, *RTD Com.* 1995, p. 588 et s., note E. Loquin.

¹⁹⁴ Civ. 28 avril 1998, *RTD civ.* 1998, p. 744 et s., note Roger Perrot.

¹⁹⁵ Paris, 12 janvier 1999, Milan Presse c/Media Sud Communication, *Rev. arb.* 1999, p. 381.

¹⁹⁶ M. HENRY, *op. cit.*, N. 353, p. 236-237.

par les « réseaux de relations et d'intérêts » de certains arbitres, et des « risques d'interférences » que cela occasionnait¹⁹⁷. Troisièmement, on peut suggérer qu'il ne serait sans doute pas si difficile de détailler, sans excès, les différentes collaborations ou affaires au cours desquelles les arbitres et les conseils se sont déjà croisés; il y aurait là une transparence bénéfique. Quatrièmement, on peut relever que les contraintes matérielles (non-essentielle) ne sont pas recevables face aux garanties fondamentales d'une bonne justice qu'on est en droit d'attendre de l'arbitrage¹⁹⁸.

On a cité toutes ces raisons car elles nous encouragent à penser que le devoir d'indépendance doit couvrir les relations avec chacun des acteurs, et non seulement avec les parties.

Selon M. Fouchard, les arbitres pourront utilement s'en inspirer pour apprécier les éléments ressortant ou non du devoir de révélation¹⁹⁹.

2) La deuxième question a trait à la nature objective ou subjective du devoir de révélation de l'arbitre. Il nous semble que dans les arrêts du 14 novembre 1990 et 29 octobre 1991 précités, la Cour de Cassation opte pour une vision objective. L'arbitre aurait l'obligation de révéler toute circonstance entrant dans l'un des cas prévus à l'article 341 du NCPC sans pouvoir apprécier si une telle circonstance serait susceptible d'influer réellement sur son jugement.

Dans son arrêt du 23 mars 1995, la Cour d'appel de Paris semble au contraire consacrer une vision subjective en énonçant que l'obligation d'information pesant sur l'arbitre devrait s'apprécier au regard de son incidence raisonnablement prévisible sur le jugement de l'arbitre²⁰⁰.

La Cour d'appel reprend en cela la position qu'elle avait exprimée dans un arrêt du 28 juin 1991, puis dans un arrêt du 9 avril 1992 où elle énonce que: «

¹⁹⁷ Ph. FOUCHARD : « Les liens existant entre une partie et un membre d'organe collégial administrant un arbitrage institutionnel », note sous Cass. 2ème civ., 31 mars 1978 (Métal Profil, dite affaire Jean Robert), Rev. arb. 1979. 466-467.

¹⁹⁸ Th. CLAY, op. cit., N. 391, p. 333

¹⁹⁹ Ph. FOUCHARD, art. cit., « Le statut de l'arbitre ... », Rev. arb. 1996, p. 349.

²⁰⁰ Note citée de E. Loquin sous Paris 23 mars 1995, RTD com., 1995, p. 590.

l'obligation d'information qui pèse sur l'arbitre afin de permettre aux parties d'exercer leur droit de récusation doit s'apprécier au regard à la fois de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence raisonnablement prévisible sur le jugement de l'arbitre »²⁰¹.

Il nous semble que cette affaire réunit en effet tous les éléments pour que les liens entre l'arbitre et la société L'Oréal soient a priori considérés comme notoires. L'arbitre avait été consultant financier du groupe L'Oréal pendant les trois années qui avaient précédé le commencement de l'instance arbitrale dans laquelle L'Oréal était partie. Nous paratgeons avec M. Clay que, cette fonction de consultant remplissait idéalement les caractéristiques de la notoriété car elle avait fait l'objet d'une vaste publicité dans la grande presse; en outre, elle figurait chaque année dans la notice Who's who consacré à l'individu désigné²⁰². De plus, l'autre partie était un homme d'affaire spécialiste de communication et qui avait initialement déclaré « très bien connaître l'arbitre ». Dans ces conditions il paraît difficile de croire que ces liens n'étaient pas connus. En décidant que les activités litigieuses n'ont pas eu, par leur nature même, un caractère de publicité suffisant pour dispenser l'arbitre de son obligation d'information, l'arrêt laisse perplexe sur l'effectivité du critère de la notoriété.

La Cour d'appel a exprimé la même phrase mot à mot dans son arrêt du 2 avril 2003 dans l'affaire de Fremarc c/ ITM Entreprises²⁰³.

Dans l'arrêt du 2 juillet 1992, selon la Cour de Cassation, ce qui importe c'est de savoir si « la connaissance de cette situation par l'autre partie aurait pu susciter chez elle un doute raisonnable sur l'indépendance d'esprit de cet arbitre »²⁰⁴.

Ainsi selon la Cour, l'arbitre ne doit-il pas seulement apprécier la portée de son devoir de révélation au regard de l'incidence prévisible de la circonstance en cause sur son jugement, mais également au regard du degré de notoriété de cette

²⁰¹ Paris, 9 avril 1992, Société Annahold BV et autre c/SA l'Oréal et autres, Rev. arb. 1996, p. 487 et s.

²⁰² Th. CLAY, op. cit., N. 386, p.326.

²⁰³ Paris, 1 re Ch. G., 2 avril 2003, cit., Rev. arb. 2003/2, p. 1232.

²⁰⁴ Paris, 1re Ch. civ., 2 juillet 1992, Société Raoul Duval c/ société Merkuria Sucden, Rev. arb. 1993, p. 411 et s.

circonstance. Une chose n'a en effet à être révélée que pour autant qu'elle est ignorée. Dans un arrêt de 12 janvier 1995, la Cour d'appel de Paris a réaffirmé que l'arbitre ne devrait pas être tenu de révéler des circonstances notoires²⁰⁵.

Selon M. Henry, l'opinion de la Cour d'appel de Paris paraît refléter le contenu réel de l'article 1452 du NCPC aux termes duquel l'arbitre n'est tenu de révéler que les circonstances dont il suppose qu'elles pourraient constituer en sa personne une cause de récusation. L'article 1452 lui semble donc bien consacrer une approche subjective et non objective du devoir de révélation de l'arbitre, contrairement à l'opinion exprimée par M. Loquin. Selon lui, ce ne serait donc que dans les hypothèses où la situation de fait aurait une incidence prévisible sur le jugement de l'arbitre que ce dernier aurait l'obligation de la révéler²⁰⁶.

Il nous semble qu'il a raison de ce point de vue parce que dans l'arrêt du 28 octobre 1999 la Cour d'appel de Paris a observé qu'« un manquement à l'obligation d'information de l'arbitre sur l'existence de telles circonstances n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la sentence ; il appartient au juge de l'annulation de mesurer les effets de cette réticence et d'apprécier si à elle seule, ou rapprochée d'autres éléments de la cause, elle constitue une présomption suffisante du défaut d'indépendance ou d'impartialité allégué »²⁰⁷.

De notre part on est favorable à une approche subjective du devoir de révélation de l'arbitre. L'arbitre doit pouvoir apprécier l'opportunité de révéler telle ou telle circonstance, sans que le défaut de révélation puisse emporter *per se* sa révocation.

Dans un litige d'arbitrage entre une société LTDC et la société Reynolds, l'arbitre désigné en 1989 par la société Reynolds avait révélé qu'il avait participé à la juridiction d'arbitrage des différends américano-iraniens jusqu'en 1984 et qu'à sa connaissance, lui-même ou son cabinet avaient dans le passé simplement travaillé « sur quelques questions isolées pour ou contre les sociétés du groupe Reynolds ». Ces éléments nous semble-t-il d'être révélés. La désignation de cet

²⁰⁵ Loïc CADIET : « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. arb. 1996, N. 3, p. 7.

²⁰⁶ M. HENRY, op. cit., N. 354, p. 238.

²⁰⁷ Paris, 1re Ch. C., 28 octobre 1999, SA Fretal c/ SA ITM Entreprises, Rev. arb. 2000, p. 299.

arbitre a été avalisée par la partie adverse. Ensuite il s'est avéré qu'au cours de sa participation au Tribunal arbitral des différends américano-iraniens, l'arbitre avait rendu une sentence en faveur du groupe Reynolds.

La société LTDC a estimé que cet élément aurait dû être révélé par l'arbitre, et qu'à défaut, la sentence rendue devait être annulée. S'il est vrai qu'il eût été préférable que l'arbitre révélât également cet élément, en aucun cas cette abstention ne pouvait à elle seule permettre de suspecter l'indépendance de l'arbitre. Telle a été l'opinion de la Cour d'appel de Paris saisie du recours en annulation, qui a toutefois précisé que l'affaire dont avait eu à connaître l'arbitre était totalement différente de celle qu'il était appelé à trancher par la sentence critiquée²⁰⁸.

En définitive, il apparaît que l'obligation de révélation doit être précise, exhaustive et imperméable à tout ce qui pourrait l'atténuer. Ainsi selon M. Clay les critères adoptés par la loi et par la jurisprudence française sont insuffisamment exigeants. L'indépendance étant le règne de la subjectivité, il propose y insérer de l'objectivité, parce que, selon lui, de celle-ci procède la sécurité²⁰⁹. Et ceux qui croient que l'arbitre doit alors « renoncer aux plaisirs d'une vie sociale, pour se réfugier dans l'ascèse d'une vie d'anachorète »²¹⁰ confondent, comme ils le reconnaissent eux-mêmes, la révélation des relations nouées avec les relations elles-mêmes. Il ne faut pas oublier que ce sont les parties qui choisent les arbitres.

Chaque partie choisit un arbitre en fonction de la confiance que ce dernier lui inspire. Il s'agit d'un choix difficile et long. L'arbitre ainsi choisi doit pouvoir ne pas révéler un contact qu'il aurait pu avoir avec la partie qui l'a désigné, et qu'il considérerait comme étant complètement bénin. Nous ne croyons pas à cet égard, contrairement à ce que semble considérer M. le Président Grandjean²¹¹, qu'un arbitre ait l'obligation d'indiquer qu'il est l'arbitre généralement désigné par le conseil de la partie l'ayant désigné.

²⁰⁸ Paris, 27 octobre 1994, LTDC c/ société Reynolds, Rev. arb. 1994, p. 709 et s.

²⁰⁹ Th. CLAY, op. cit., N. 395, p. 336.

²¹⁰ M. HENRY, art. cit., N. 44, p. 222.

²¹¹ Note sous Paris, 28 oct. 1999, cit., Rev. arb. 1999, p. 311.

Si l'arbitre avait l'obligation de révéler un tel lien, il serait aisé pour la partie adverse de saisir ce prétexte pour rejeter sa nomination. Et le monde de l'arbitrage étant assez restreint, il sera vite difficile de trouver un professionnel réputé qui n'aura jamais eu la moindre relation avec les parties en cause. L'approche objective ne nous semble donc pas la plus appropriée en ce qu'elle facilite les contestations d'arbitre dans un but malveillant, dilatoire, ou vexatoire.

Si la circonstance non révélée à la partie adverse s'avérait finalement de nature à remettre en cause l'indépendance de l'arbitre, ladite partie aurait toujours la possibilité de solliciter la récusation de l'arbitre ou l'annulation de la sentence selon la distinction que nous étudierons ci-après. L'arbitre pourra en outre engager sa responsabilité.

SECTION 2: SANCTIONS DU DEVOIR DE RÉVÉLATION

Les textes légaux ne prévoient pas de sanction à l'encontre de l'arbitre en cas de non respect de son devoir de révélation. Dans la jurisprudence française, c'est l'annulation de la sentence²¹², accompagnée éventuellement de celle du compromis²¹³ qui est prononcée.

On sait qu'en droit français le fondement de la responsabilité est soit contractuelle soit délictuelle. Puisqu'il y a un lien contractuel entre les parties et les arbitres la violation du devoir de révélation de l'arbitre pourrait être considérée comme une faute contractuelle. Toutefois, M. Henry ajoute que dans les hypothèses où la circonstance litigieuse serait antérieure à la désignation de l'arbitre, et dans une perspective contractualiste, l'ignorance par la partie adverse de ladite circonstance s'analyserait comme une erreur sur une qualité essentielle de l'arbitre justifiant l'annulation de la convention arbitrale et de l'ensemble de la

²¹² Paris 12 janvier 1999, SA Milan Presse, Rev. arb. 1999, p. 381 ; Paris 23 février 1999, SARL C. E. A.H., RTD com. 1999, p. 371, obs. E. Loquin.

²¹³ Cass. 2ème civ., 13 avril 1972, affaire Ury, op. cit. ; 20 février 1974 F.A.C.O., op. cit.

procédure arbitrale qui en aurait découlé. Le « contrat d'investiture » passé entre les parties et l'arbitre couramment appelé « *receptum arbitri* » se trouverait également du même coup annulé. Celui-ci étant dès lors considéré comme n'ayant jamais existé, il ne pourrait servir de fondement à l'obligation de révélation de l'arbitre. Ce serait donc finalement sur le terrain délictuel qu'il conviendrait de sanctionner le non respect par l'arbitre de son devoir de révélation et non sur le plan contractuel²¹⁴.

La jurisprudence française a consacré le principe de responsabilité des arbitres pour non respect de leur obligation d'information. Deux décisions méritent d'être citées, qui sont rapportées par MM. Fouchard, Gaillard et Goldman dans leur traité.

Dans l'affaire L'Oréal, la société Annahold BV a appris le 25 juin 1990 que l'arbitre unique désigné par les parties le 22 décembre 1989, était consultant financier du Président du groupe adverse (L'Oréal) et l'instruction a établi qu'il avait été rémunéré à ce titre par des honoraires trimestriels hors taxes de 125.000 francs jusqu'à la fin de l'année 1989. Dès le lendemain, soit le 26 juin 1990, cette partie a demandé à l'arbitre de renoncer à sa mission et a engagé une procédure de récusation par voie de référé d'heure à heure. Or, le 27 juin 1990, l'arbitre a rendu sa sentence, de sorte que le Tribunal de Grande Instance de Paris a jugé n'y avoir lieu à référé pour cette récusation et renvoyé la demanderesse à « exercer les seuls recours ouverts contre la sentence, s'il estime établie une cause de nullité »²¹⁵. Saisie du recours en annulation, la Cour d'appel de Paris a annulé la sentence en raison du vice du consentement affectant la convention d'arbitrage²¹⁶.

À la suite et sur le fondement de cet arrêt d'annulation, le Tribunal de Grande Instance de Paris a lourdement condamné l'arbitre, à la demande de la société Annahold. Le tribunal a reproché à l'arbitre, alors qu'il était invité à renoncer à sa mission en raison des liens existant entre une partie et lui-même, d'avoir

²¹⁴ M. Henry, op. cit., N. 357, p. 241.

²¹⁵ TGI Paris (réf.), 2 juillet 1990, Société Annahold BV et d. Frydman c/ Société L'Oréal et B., Rev. arb. 1996, p. 485 et s.

²¹⁶ Paris, 9 avril 1992, arrêt cit., Rev. arb. 1996, p. 487 et s.

répondu le 26 juin 1990 qu'il ne se connaissait pas de tels liens. En outre, les articles de presse invoqués par l'arbitre à l'appui du caractère notoire de ses fonctions de consultant financier n'établissaient pas que ses activités auprès du groupe adverse avaient reçu un caractère de publicité suffisant pour le dispenser de son obligation d'information à l'égard de l'autre partie. Le tribunal en conclut que: « la victime des manoeuvres dolosives peut (...) obtenir de leur auteur réparation, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, du préjudice qu'elle a subi (...). Elle est fondée à obtenir de l'arbitre à titre de réparation, la restitution de la somme 600.000 francs qui lui avait été versée à titre d'honoraires, avec intérêts au taux légal à compter de la date de versement »²¹⁷.

M. Fouchard et M. Gaillard justifient le caractère délictuel de la responsabilité retenue par le fait que la convention d'arbitrage qui était incluse dans le compromis ayant été annulée pour dol, la responsabilité contractuelle s'en trouvait exclue²¹⁸.

Dans l'affaire Société Raoul Duval, cette partie reprochait à l'arbitre désigné par le centre d'arbitrage comme Président du collège arbitral du premier degré d'avoir été, dès le lendemain du prononcé de la sentence, embauché par son adversaire en qualité de salarié. La Cour d'appel de Paris avait retenu son défaut d'indépendance et annulé la sentence pour composition irrégulière du tribunal arbitral²¹⁹. La société Raoul Duval assigne alors l'arbitre en réparation du préjudice que ses agissements lui ont causé. Le Tribunal de Grande Instance de Paris, se fondant sur les constatations et appréciations de l'arrêt de la Cour d'appel précité, juge que l'arbitre aurait dû informer les parties de ses relations avec l'une d'elles, et que leur accord était requis pour la poursuite de la mission, et ce conformément aux exigences de l'article 1452 du NCPC. Il estime qu'il « a incontestablement commis une faute de nature à engager sa responsabilité en dissimulant cette situation à la société Raoul Duval », et écarte l'application des dispositions de l'article 505 du Code de procédure civile sur la prise à partie des

²¹⁷ TGI Paris, 9 décembre 1992, Société Annahold BV et D. Frydman c/ Société L'Oréal et B., Rev. arb. 1996, p. 491 et s.

²¹⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., N. 1094, p. 612.

²¹⁹ Paris, 2 juillet 1992, arrêt cit., Rev. arb. 1996, p. 412 et s.

juges non professionnels, que l'arbitre invoquait, en répondant qu'un arbitre n'est investi d'aucune fonction publique et ne peut s'identifier aux juridictions d'attribution non professionnelles encore régies par ce texte. Il conclut que :

« Le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions de droit commun de l'article 1142 du Code civil (...). Sur ce fondement, il convient de condamner l'arbitre à payer à la société Raoul Duval la somme de 22.500 francs de dommages-intérêts au titre des frais d'arbitrage acquittés par la demandresse auprès de l'Association française des Commerces des Cacaos. Pour le surplus, si cette société ne justifie pas d'une réelle perte de chance de succès de ses procédures, dont le résultat n'est pas en l'état démontré, le Tribunal trouve en la cause des éléments suffisants d'appréciation pour fixer à la somme de 25.000 francs les dommages-intérêts résultant du préjudice complémentaire causé par le comportement fautif de l'arbitre ».

MM. Fouchard, Gaillard et Goldman justifient le caractère contractuel de la responsabilité de l'arbitre par le fait que la sentence n'ayant été annulée que pour composition irrégulière du tribunal arbitral, le contrat d'investiture a subsisté et le tribunal a pu condamner l'arbitre pour violation ultérieure de son obligation contractuelle de révélation²²⁰.

Ainsi, selon M. Henry, la dualité de fondement constatée ci-dessus n'est pas satisfaisante. Elle produit une situation assez confuse et n'est qu'un nouvel exemple des errements auxquels conduit l'approche dualiste contractuelle et juridictionnelle de l'arbitrage car, selon lui, vouloir assimiler à un « contrat » les relations s'instaurant entre les parties à un arbitrage et le ou les arbitres est impropre. Les droits et obligations de l'arbitre découlent à son sens non pas de « stipulations contractuelles » mais du respect par l'arbitre d'une déontologie propre à la fonction qu'il incarne le temps de sa mission²²¹.

²²⁰ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit., N. 1094, p. 612 et 613.

²²¹ M. HENRY, op. cit., N. 357, p. 243.

Il nous semble que la non-révélation est en effet une faute de l'arbitre dans l'exercice de sa mission juridictionnelle. Cette faute n'est pas couverte par l'immunité juridictionnelle de l'arbitre, car elle ne relève pas de son jugement au fond, mais de son engagement vis-à-vis des parties.

La mise en cause de sa responsabilité peut d'ailleurs intervenir à tout moment, et même après la reddition de la sentence car, comme il ne s'agit pas de l'instance au fond, elle n'est pas tributaire de la sentence²²².

En somme, il existe tout un arsenal de sanctions possibles contre l'arbitre qui serait insuffisamment précis dans son devoir de révélation.

Le devoir de révélation des arbitres constitue donc un facteur primordial de continuité de l'arbitrage. M. Fouchard y voit un « principe fondamental de l'arbitrage ». Il précise que : « par la transparence qu'elle permet au moment de la constitution du tribunal arbitral, elle est l'instrument préventif qui évitera aussi bien, par la suite, les mauvaises querelles que les soupçons légitimes sur les relations entre l'arbitre et l'une des parties. Les tribunaux français accordent donc une grande attention au respect de ce devoir et c'est d'ailleurs pour son application qu'ils sont amenés à définir l'objet de l'obligation d'information, c'est à dire les liens de l'arbitre avec une partie qui seraient de nature à affecter l'indépendance et l'impartialité du premier »²²³.

Conclusion sur le devoir de révélation

En conclusion, il nous semble que le devoir de révélation ne doit pas s'apprécier au regard des seules hypothèses prévues pour les magistrats à l'article 341 du NCPC. Il ne faut pas limiter le domaine de ce devoir avec cet article car cela diminuerait la sécurité juridique de l'arbitrage.

Ainsi l'arbitre ne doit pas informer de toutes les circonstances, au contraire, il doit informer les parties de telle ou telle circonstance, qu'il trouve nécessaire

²²² Th. CLAY, op. cit., N. 398, p. 339.

²²³ Ph. FOUCHARD, art. cit., Rev. arb. 1996, N. 46, p. 347.

d'expliquer pour le déroulement de la procédure d'arbitrage. C'est pourquoi nous proposons avec M. Henry une reformulation du devoir de révélation dans l'article 1452 dans les termes suivants: « Avant sa nomination, puis tout au long de la procédure arbitrale jusqu'au prononcé de la sentence, l'arbitre qui suppose en sa personne, une circonstance de nature à préjudicier à son indépendance, doit en informer les parties ».

CHAPITRE 2:

LES SANCTIONS DE LA DÉPENDANCE DE L'ARBITRE

La question des sanctions du défaut d'indépendance de l'arbitre est aujourd'hui largement traitée dans les divers ouvrages sur l'arbitrage. Notre propos tendra avant tout, à une synthèse des principales sanctions du devoir d'indépendance de l'arbitre constatées dans le droit français, et à exposer la manière dont le devoir d'indépendance devrait être sanctionné.

Les atteintes à l'indépendance de l'arbitre ont fait l'objet de quatre sanctions qu'on peut grouper en deux types distincts. Tout d'abord les sanctions peuvent être dirigées contre l'arbitre (Section 1) mais elles peuvent aussi prendre la forme de la nullité de la convention d'arbitrage ou de la sentence arbitrale (Section 2).

SECTION 1: LES SANCTIONS CONTRE L'ARBITRE

Le défaut de l'indépendance de l'arbitre peut tout d'abord mener au remplacement de celui-ci dans le cadre d'une procédure communément appelée procédure de récusation (A). Le non respect par l'arbitre de son devoir d'indépendance est constitutif d'une faute et pourra donc en outre engager la responsabilité de celui-ci pour peu que l'existence d'un préjudice soit attestée (B).

A) Récusation de l'arbitre

Il sera question successivement des circonstances justifiant la récusation d'un arbitre (1), de la procédure de récusation (2), des conséquences de la procédure de récusation sur l'instance arbitrale (3) et procédure de remplacement de l'arbitre récusé (4).

1) Circonstances justifiant la récusation d'un arbitre

L'ensemble des législations sur l'arbitrage contiennent des dispositions sur la récusation des arbitres considérée comme la sanction de l'obligation d'indépendance mise à leur charge. Nous avons d'ailleurs observé que l'expression légale du devoir d'indépendance des arbitres est justement constituée par les dispositions légales sur la récusation des arbitres qui, de manière explicite ou implicite font référence aux notions d'indépendance et d'impartialité.

Ainsi par exemple, l'article 12 paragraphe 2 de la loi-type de CNUDCI dispose qu'un arbitre pourra être récusé s'« il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance ».

L'article 1463 du NCPC français fait référence aux causes de récusation sans pour autant en déterminer la nature. MM. Robert et Loquin en déduisent que, dans le silence du décret, il convenait de se référer aux causes prévues à l'article 341 du NCPC²²⁴. Par voie indirecte, l'article 1463 institue donc bien, au travers de la récusation, la sanction d'un devoir d'indépendance de l'arbitre.

Les règlements d'arbitrage enfin contiennent tous des dispositions sur la récusation des arbitres et en font la sanction du « défaut d'indépendance » de l'arbitre²²⁵, ou la conséquence de l'existence de doutes sur l'impartialité ou l'indépendance d'un arbitre²²⁶.

Nous constatons ainsi qu'une nouvelle fois, les notions d'indépendance et d'impartialité s'entrechoquent. Les causes de récusation ne sont parfois pas explicites. Il en résulte des débats sur la transposition ou non des dispositions plus explicites applicables aux magistrats. La récusation vise parfois non pas seulement les hypothèses de défaut d'indépendance. Le Règlement CCI va encore plus loin en fondant les demandes de récusation sur « une allégation de défaut d'indépendance ou sur tout autre motif ».

2) Procédure et régime de la récusation

(i) Autorité compétente

L'opportunité d'une intervention judiciaire obligatoire en matière de récusation a été débattue lorsque les institutions d'arbitrage ont proposé des procédures de récusation autonomes. La question s'est posée de savoir si une procédure judiciaire de récusation pouvait être diligentée nonobstant la procédure prévue au

²²⁴ J. ROBERT, op. cit., N. 144, p. 123 ; E. LOQUIN, Jurisclasseur proc. civ., fasc. 1032, N. 110, p. 26.

²²⁵ Voir article 11.1 du Règlement CCI, articles 57 et 14, alinéa 1 de la Convention de Washington instituant le CIRDI.

²²⁶ Voir article 10 du Règlement d'arbitrage CNUDCI et article 3.7 du Règlement de la LCIA.

règlement d'arbitrage. C'est à dire si la décision rendue par l'organisme d'arbitrage était ou non susceptible de recours devant les juridictions étatiques.

Il nous semble que la jurisprudence française s'est prononcée en faveur de l'autonomie des procédures institutionnelles de récusation. Dans un arrêt de 15 mai 1985, la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire Raffineries de Homs et de Baniyas déduit qu'il convient de donner plein effet à la volonté des parties qui s'est exprimée en faveur de la procédure institutionnelle de récusation sans qu'il y ait lieu de rechercher si la décision de récusation « présente ou non un caractère juridictionnel » et finalement rejette comme irrecevable la demande tendant à l'annulation de la décision de la Cour d'arbitrage²²⁷.

Dans un précédent arrêt du 15 janvier 1985, dans l'affaire Opinier, la Cour d'appel de Paris s'était clairement prononcée contre la nature juridictionnelle de la décision de la Cour d'arbitrage de la CCI pour en déduire que la décision critiquée n'avait pas à être motivée. La Cour de Cassation dans la même affaire, dans un arrêt du 7 octobre 1987, a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, en relevant que celle-ci avait énoncé à bon droit que la décision de récusation rendue par la Cour d'arbitrage, laquelle avait seulement été chargée d'organiser l'arbitrage et ne remplissait pas une fonction juridictionnelle, ne peut être qualifiée de sentence arbitrale²²⁸.

Tout en confirmant la non intervention judiciaire en cas de procédure institutionnelle de récusation, le Tribunal de grande instance de Paris, par jugement en date du 23 juin 1988 dans l'affaire République de Guinée, prend l'exact contre-pied de l'affirmation de la Cour de Cassation en reconnaissant expressément une nature juridictionnelle à la décision de la Cour d'arbitrage de la CCI en matière de récusation. Le tribunal en déduit que:

« En désignant une institution permanente comme centre organisateur de leur arbitrage, les parties ont fait de son règlement la charte convenue et acceptée de leur procédure, et par là-même, lui ont confié la charge d'organiser les opérations

²²⁷ Paris, 15 mai 1985, Raffineries d'Homs, Rev. arb. 1985, p. 147 et s.

²²⁸ Cass. civ., 7 octobre 1987, Rev. arb. 1987, p. 479 note Mezger.

d'arbitrage, en conformité à ses statuts et à son règlement, et le pouvoir de statuer sur des difficultés, sans pouvoir s'immiscer dans la mission juridictionnelle confiée aux seuls arbitres (...).

En matière de récusation d'un arbitre, si la décision participe de la fonction de juger dès lors qu'elle a pour objet de trancher un différend concernant la personne de l'arbitre et non le litige lui-même, cet acte relève essentiellement de la mise en oeuvre des opérations d'arbitrage et plus spécifiquement de la fonction d'organiser, sauf convention contraire des parties. Même si l'appréciation d'une contestation élevée à l'encontre de la personne de l'arbitre impose, comme pour toute décision juridictionnelle, le respect des principes essentiels de la contradiction et des droits de la défense, il n'a pas été attribué aux juridictions étatiques une compétence exclusive et dérogatoire de la volonté des parties pour connaître de toute demande de récusation, même en matière interne. En effet, les dispositions de l'article 1463 du NCPC instituant une possibilité d'intervention du Président du Tribunal de grande instance pour statuer sur les difficultés relatives à une demande de récusation ne sont pas l'expression d'un pouvoir propre et exclusif mais celle de la fonction limitée « d'assistance technique » attribuée au juge étatique pour la mise en oeuvre des opérations d'arbitrage, dans le silence des parties ou pour suppléer l'insuffisance d'un règlement d'arbitrage. Cet article 1463 n'étant pas une disposition d'ordre public, le règlement de l'institution d'arbitrage choisie a vocation à s'appliquer à la demande de récusation d'arbitres »²²⁹.

Dans le commentaire de ce jugement M. Fouchard approuve la qualification juridictionnelle opérée par le Tribunal et interprète cette décision comme consacrant la non appartenance des dispositions de l'article 1463 du NCPC à l'ordre public tant international qu'interne. M. Fouchard conclut en outre au caractère définitif de la décision de l'organe institutionnel exclusif de tout contrôle a posteriori des tribunaux judiciaires sur cette décision, sauf à agir par la suite en annulation de la sentence arbitrale²³⁰.

²²⁹ TGI Paris, 23 juin 1988, Rev. arb. 1988, p. 657 et s.

²³⁰ Ph. FOUCHARD, note sous TGI Paris, 23 juin 1988, Rev. arb. 1988, N. 19, p. 679 et s.

Le Tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement rendu le 1er avril 1993 dans l'affaire de l'Etat de Dubai, consacre le caractère supplétif de l'intervention judiciaire pour connaître d'une demande de récusation²³¹.

Nous allons constater avec M. Henry que, en tout état de cause, la procédure de récusation mise en place devra respecter le principe du contradictoire et d'une manière générale le principe d'égalité des parties, faute de quoi l'exigence d'indépendance des arbitres qui est sans aucun doute d'ordre public international, ne sera pas respectée dans la mesure où des doutes sur l'indépendance de l'arbitre, objet de la procédure de récusation, pourront subsister en raison même du non respect des principes fondamentaux susvisés. L'atteinte à l'exigence d'indépendance, principe d'ordre public international, qui pourrait résulter du non respect de principe d'égalité des parties dans le cadre d'une procédure conventionnelle de récusation, s'opposerait au jeu de l'autonomie de la volonté des parties justifierait la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître de la récusation ou d'une demande en annulation de la sentence qui aurait pu intervenir²³².

En dehors de l'autorité compétente pour statuer sur les problèmes de récusation, d'autres questions se sont posées ayant trait aux fins de non recevoir qui pourraient être opposées à une ou des parties sollicitant la récusation d'un arbitre. Il a fallu décider si (ii) une personne ayant elle-même désigné l'arbitre ou ayant participé à sa désignation, devait être autorisée à récuser celui-ci pour une cause antérieure à sa désignation et si (iii) une personne devait être autorisée à solliciter la récusation d'un arbitre alors qu'instruite préalablement des circonstances fondant sa demande, elle avait continué de participer sans réserve à la procédure d'arbitrage.

(ii) Récusabilité de l'arbitre par la personne même qui l'a désigné et pour une cause antérieure à sa désignation

²³¹ TGI Paris, 1er avril 1993, Etat de Dubai, Rev. arb. 1993, spéc. p. 458 et 459.

²³² M. HENRY, op. cit., N. 368, p. 251.

Le droit français n'a prévu la récusation que « pour cause survenue depuis le compromis ». Cette règle se justifiant en 1806 eu égard à l'intuitus personae très fort qui liait alors en général les parties à l'arbitre désigné dans le compromis²³³. Avec l'évolution de l'arbitrage les textes et la jurisprudence se sont adaptés. L'article 1463 du NCPC est venu énoncer qu'« un arbitre ne peut (...) être récusé que pour une cause qui se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation ».

En application de cet article, une cause de récusation bien qu'antérieure à la désignation de l'arbitre peut dorénavant être utilement invoquée dès lors que la partie ignorait cette cause au moment de la désignation.

L'article 12 paragraphe 2 de la loi-type prévoit également qu'« une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination ».

Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit en son article 10 paragraphe 2 qu'« une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination ». Il est à noter que cette formulation gagnerait à être mise en conformité avec la formulation plus rigoureuse de la loi-type laquelle a directement inspiré le contenu de l'article 3.6 du Règlement de la LCIA.

La procédure de récusation prévue à l'article 11 du Règlement CCI reflète également cette solution.

Les divers textes précités se distinguent selon qu'ils prévoient ou non des dispositions visent spécifiquement les cas de récusation sollicitée par la partie même qui a désigné l'arbitre en cause.

À notre sens, les dispositions spécifiques contenues dans les articles de la loi-type ne se justifient pas. En effet, dans l'un et l'autre cas (récusation sollicitée par la

²³³ R. DAVID, op. cit., N. 285, p. 362 et 363.

partie qui a désigné l'arbitre et récusation sollicitée par l'autre partie), le principe qui est énoncé est identique. Nous préférons donc le type de formulation générale retenu dans le droit tout en faisant observer que la formulation retenue dans la loi-type a au moins le mérite d'ôter toute équivoque sur le principe même du droit pour une partie de solliciter la récusation de l'arbitre qu'elle a désigné²³⁴.

Il nous semble que la réponse à la question de savoir si une partie peut demander la récusation de l'arbitre qu'elle a désigné, devrait être affirmative, à la condition toutefois que la cause de récusation n'ait été connue de la partie que postérieurement à la désignation de l'arbitre. Telle est d'ailleurs la solution qui prévaut en droit français comme en attestent les développements précédents.

(iii) Récusabilité de l'arbitre par une partie ayant participé à la procédure d'arbitrage en toute connaissance de la cause de récusation.

Il est généralement admis qu'une partie ne saurait se prévaloir de causes de récusation des lors qu'elle a en toute connaissance de cause et, sans exprimer la moindre réserve, a participé à la procédure d'arbitrage. Il nous semble que c'est la raison pour laquelle la législation française impose aux parties de procéder à la demande de récusation de l'arbitre sans attendre, dès lors donc que ces parties ont connaissance du motif de récusation.

Selon M. Cadiet l'édiction d'un délai permet également de déjouer les pratiques dilatoires qui consisteraient à ne pas soulever immédiatement une cause de récusation que l'on connaîtrait pour ne l'invoquer que plus tard et gagner ainsi du temps²³⁵.

Le Règlement CCI dans son article 11.2 édicte un délai de 30 jours à partir du moment où la partie requérante a été informée des faits et circonstances qu'elle évoque à l'appui de sa demande de récusation. Selon M. Henry, ce délai est très

²³⁴ M. HENRY, op. cit., N. 371, p. 253.

²³⁵ L. CADIET : « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. arb. 1996, N. 2, p. 5.

long et gagnerait à être réduit, par exemple, à 15 jours à l'instar de l'article 3.8 du Règlement de la LCIA²³⁶.

Cette forclusion est en général justifiée par le fait que celui qui ne se prévaut pas immédiatement d'un motif de récusation est réputé avoir renoncé à se prévaloir d'un défaut d'indépendance de l'arbitre²³⁷. Dans un arrêt du 10 mai 1994, la Cour d'appel de Paris relève qu'en l'espèce, l'arbitre avait précisé dans sa déclaration d'impartialité avoir rencontré une des parties (M. Al Tayar) un an auparavant lors d'une réunion professionnelle, et que l'autre partie (M. Mahfouz) ne l'avait pas récusé à la suite de cette déclaration. La Cour en déduit que M. Mahfouz avait « renoncé, en participant à l'arbitrage, à se prévaloir de cette éventuelle cause de récusation et ne peut, devant la Cour, mettre en cause l'impartialité de l'arbitre pour un motif qu'il connaissait dès la désignation de celui-ci »²³⁸.

À l'occasion d'un autre recours en annulation, la Cour d'appel de Paris a observé que les parties connaissaient la situation de l'arbitre « au cours de la procédure arbitrale et avant le prononcé de la sentence » et en a déduit que qu'elles avaient donc « renoncé à demander sa récusation »²³⁹.

Plutôt que d'invoquer une « renonciation à se prévaloir d'une cause de récusation » pour justifier la forclusion, David estime qu'il serait « plus juste de l'interpréter comme la reconnaissance du fait qu'il n'existe pas une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité de l'arbitre ». David ajoute ensuite qu'« on ne peut admettre que l'arbitrage soit l'oeuvre d'un arbitre partial » mais considère qu'« il est permis d'admettre en revanche que les parties apprécient elles-mêmes, en maintes circonstances, s'il y a lieu ou non de redouter la partialité d'un l'arbitre »²⁴⁰.

3) Conséquences de la procédure de récusation sur l'instance arbitrale

²³⁶ M. HENRY, op. cit., N. 373, p. 254.

²³⁷ Ph. FOUCHARD, art. cit., « Le statut de l'arbitre ... », Rev. arb. 1996, N. 60, p. 355.

²³⁸ Paris 10 mai 1994, Sheikh Mahfouz Salem Bin Mahfouz c/ Société Al Tayar, Rev. arb. 1996, p. 66 et s. note Ch. Jarroson.

²³⁹ Paris 12 janvier 1995, Société Ardi et autres c/ société Scapnor et autre, Rev. arb. 1996, p. 72 et s.

²⁴⁰ R. DAVID, op. cit., N. 285, p. 363-364.

Des opinions différentes ont eu l'occasion de s'exprimer sur les conséquences d'une procédure de récusation sur l'instance arbitrale. Il convient de distinguer deux périodes: (i) la période concomitante à la procédure de récusation et (ii) la période postérieure à la décision de récusation.

(i) La période concomitante à la procédure de récusation

La question est de savoir si le tribunal arbitral doit ou non continuer les opérations d'arbitrage au cours de la période concomitante à la procédure de récusation.

La loi-type de la CNUDCI dans son article 13 paragraphe 3 prévoit que « le tribunal arbitral y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence ».

La solution du Règlement du CIRDI est d'imposer aux arbitres de surseoir à statuer. Dans son article 9-6, il dispose que « l'instance est suspendue jusqu'à ce qu'une décision ait été prise au sujet de la demande ».

Quant à la CCI, la dernière phrase de l'article 12.4 du Règlement CCI, selon M. Henry, peut être interprétée comme impliquant nécessairement une suspension de la procédure arbitrale pendant le temps de la procédure de récusation²⁴¹. Envisageant les cas de remplacement des arbitres, l'article dispose que « sitôt reconstitué, le tribunal décidera, après avoir invité les parties à soumettre leurs observations, si et dans quelle mesure la procédure antérieure sera reprise ». Avec cette phrase, on comprend bien que, pour que la procédure puisse être « reprise », il faut qu'elle ait été préalablement suspendue.

La législation française ne contient pas de dispositions à ce propos. Pour notre part, il serait préférable que la procédure d'arbitrage soit suspendue dans l'attente de la décision sur la récusation de l'arbitre et ce malgré les risques de manoeuvres dilatoires qu'une telle suspension pourrait inspirer. En effet, dans le

²⁴¹ M. HENRY, op. cit., N. 376, p. 256.

cas contraire, selon nous le tribunal arbitral aurait du mal à poursuivre sa mission avec la sérénité que requiert l'exercice de la fonction de juger²⁴².

(ii) La période postérieure à la décision de récusation

La question de la perennité de l'instance arbitrale, postérieurement à la décision de récusation d'un arbitre, a évolué avec l'institution d'arbitrage. En effet, comme nous le montre David, dans la conception ancienne de l'arbitrage où les liens personnels de l'arbitre avec les parties étaient privilégiés, la récusation de l'arbitre entraînait presque inévitablement la caducité de la convention arbitrale. Aujourd'hui au contraire, « où l'on recourt à l'arbitrage en raison des vertus de ce mode de règlement plus qu'en considération de la personne de l'arbitre, on va s'efforcer au contraire de sauver la convention arbitrale »²⁴³.

Il nous semble que deux hypothèses doivent être envisagées selon que l'arbitre récusé est nommément désigné ou non dans la convention d'arbitrage

- **Hypothèse de désignation de l'arbitre dans la convention d'arbitrage**

La question s'est posée de savoir si dans l'hypothèse de récusation d'un arbitre désigné dans une clause compromissoire, l'instance arbitrale pouvait être poursuivie dès la désignation de l'arbitre remplaçant l'arbitre récusé. Une réponse positive a été apportée à juste titre à cette question.

En effet comme l'a souligné M. Loquin, « la clause compromissoire, soigneusement distinguée du compromis par le Décret du 14 mai 1980, reste bien qu'elle soit considérée comme une convention d'arbitrage se suffisant à elle-même, un engagement général de soumettre le litige à l'arbitrage. Cet engagement ne doit pas pouvoir être remis en cause par des événements aléatoires, postérieurs à sa conclusion, qui affectent la personne de l'arbitre nommément désigné par la clause compromissoire. La seule exception reste (...) l'hypothèse où la personne de

²⁴² M. HENRY, op. cit., N. 377, p. 256.

²⁴³ R. DAVID, op. cit., N. 288, p. 368.

l'arbitre est la cause déterminante de l'engagement des parties dans la convention d'arbitrage »²⁴⁴.

À la différence d'une clause compromissoire, le compromis contient souvent le nom des arbitres, et il a été considéré que dans le cas où un arbitre venait à être récusé, le compromis en devenait automatiquement caduc pour peu que l'arbitre ait été désigné nommément dans le compromis.

En droit français dans une telle hypothèse de récusation, il manque à la convention d'arbitrage l'une de ses conditions de validité, à savoir celle reprise dans l'article 1448 du NCPC français, qui impose que les arbitres soient désignés ou tout au moins que le mécanisme de leur désignation soit prévu dans le compromis. Seul un nouveau compromis pourra dans ce cas faire renaître une instance arbitrale, en se substituant à l'ancien compromis devenu caduc.

Cette conséquence pourrait toutefois être tempérée en cas de pluralité d'arbitres désignés dans le compromis. En effet l'impossibilité pour le tribunal arbitral de siéger du fait de la récusation de l'un de ses membres pourrait être interprétée comme une difficulté de constitution du tribunal arbitral et justifier la désignation d'un arbitre remplaçant par le président du tribunal compétent sur le fondement de l'article 1444 du NCPC.

Selon David, une autre manière de sauver l'instance arbitrale, dans le cas de collège arbitral, serait de laisser les arbitres non récusés poursuivre, seuls, les opérations d'arbitrage jusqu'à leur terme. Une telle solution risque toutefois de se heurter, d'une part au principe très largement admis de la nécessaire imparité du nombre des arbitres et d'autre part et surtout, au principe de l'égalité des parties, en vertu duquel on ne saurait admettre que des parties ne jouent pas un rôle égal dans la constitution du tribunal arbitral²⁴⁵.

Un dernier remède pourrait consister à utiliser les dispositions légales comme l'article 1454 du NCPC français qui dispose que « lorsque les parties désignent les

²⁴⁴ E. LOQUIN, Jurisclasseur proc. civ., fasc. 1032, N. 99, p. 24.

²⁴⁵ R. DAVID, op. cit., N. 289, p. 368.

arbitres, en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par un arbitre choisi, soit conformément aux prévisions des parties, soit en l'absence de telles prévisions, par les arbitres désignés, soit, à défaut d'accord entre ces derniers, par le président du Tribunal de grande instance ».

Selon M. Henry, on peut largement interpréter les dispositions de l'article 1454 du NCPC et on peut imaginer saisir le président du tribunal de grande instance pour qu'il complète le tribunal arbitral de manière à obtenir un nombre impair d'arbitres²⁴⁶. Selon M. Loquin cette interprétation extensive de l'article 1454 du NCPC heurte l'idée que les arbitres ayant été choisis *intuitus personae* par les parties, la défaillance de l'un d'entre eux fait disparaître la cause de l'engagement de celles-ci, dans la convention d'arbitrage. Elle est également contraire à la lettre de l'article 1464 du NCPC qui dispose que c'est seulement lorsqu'il existe des conventions particulières que l'instance arbitrale se poursuit, malgré la fin anticipée de la mission confiée aux arbitres. Or, dans cette hypothèse, l'instance arbitrale est maintenue en l'absence de toute convention particulière²⁴⁷.

Il apparaît finalement que dans le cas où l'arbitre récusé figure nommément dans le compromis, sa récusation entraînera la plupart du temps la caducité du compromis et donc l'interruption définitive de l'instance arbitrale en cours.

- Hypothèse d'absence de désignation de l'arbitre dans la convention d'arbitrage

Dans une telle hypothèse, la récusation d'un arbitre ne met pas fin au compromis et à l'engagement de recourir à l'arbitrage qu'il contient. Il suffira donc de désigner un nouvel arbitre conformément aux modalités de désignation contenues dans le compromis. L'instance arbitrale qui aura été suspendue dans l'attente de la décision sur la récusation, reprendra son cours au niveau où elle aura été suspendue.

²⁴⁶ M. HENRY, op. cit., N. 382, p. 258.

²⁴⁷ E. LOQUIN : « Arbitrage-Compétence arbitrale-Etendue », Jurisclasseur proc. civ., fasc. 1032, N. 95, p. 22.

Il ressort des développements précédents que l'instance arbitrale en cours au moment de la demande de récusation sera continuée après la décision de récusation, toutes les fois que l'arbitre n'aura pas été désigné dans la convention d'arbitrage. L'instance sera également continuée en cas de désignation d'un arbitre dans une clause compromissoire.

En l'absence de la clause compromissoire, la récusation d'un arbitre désigné dans le compromis nécessitera l'adoption d'un nouveau compromis, qui ne pourra se faire sans l'accord de toutes les parties concernées.

4) Procédure de remplacement de l'arbitre récusé

L'arbitre récusé devra être remplacé par un arbitre nommé conformément à la procédure initiale de désignation, soit selon M. Henry, par la partie qui aura désigné l'arbitre récusé. Si cette partie refuse de désigner un nouvel arbitre, la partie à l'origine de la récusation devrait pouvoir saisir les tribunaux judiciaires pour voir désigner un arbitre remplaçant²⁴⁸.

La jurisprudence a d'ailleurs consacré ce droit de recourir aux tribunaux judiciaires en considérant à propos notamment de l'article 1493 alinéa 2 (l'article 1444 pour l'arbitrage interne) que : « cette disposition ne limite pas l'intervention du juge étatique, pour l'exercice de sa mission « d'assistance technique » et de « coopération judiciaire » à l'arbitrage, aux seules opérations de constitution du tribunal arbitral *ab initio*, mais lui donne aussi pouvoir de régler, dans le respect de la volonté commune des parties, une difficulté relative à un événement postérieur affectant la constitution du tribunal arbitral ne permettant plus à ce dernier de poursuivre l'exercice des prérogatives attachées au pouvoir de juger »²⁴⁹.

Le domaine des articles 1444 et 1493 gagnerait ainsi à être expressément élargi au remplacement des arbitres non seulement récusés mais également décédés ou

²⁴⁸ M. HENRY, op. cit., N. 386, p. 260.

²⁴⁹ Sur la base de l'article 1444 du NCPC voir TGI Paris, 22 avril 1983, Rev. arb., 1983, p. 479 ; sur la base de l'article 1493 du NCPC voir TGI Paris 1er avril 1993, Etat de Dubai, Rev. arb. 1993, p. 459.

démissionnaires. Ce vœu est formulé par M. Fouchard²⁵⁰. Le recours à l'autorité judiciaire resterait ouvert aussi longtemps qu'il ne serait pas mis fin à l'instance arbitrale par une sentence dessaisissant les arbitres de leur mission²⁵¹.

En définitive, on a vu que la sanction naturelle en droit positif du devoir d'indépendance des arbitres est la récusation. Toutefois, le régime de récusation connaît des divergences entre les ordres juridiques nationaux et les Règlements d'arbitrage. Ces divergences sont entretenues par la confusion qui règne encore autour de la définition des causes de récusation, laquelle confusion est due aux ambiguïtés qui caractérisent les notions employées en ce domaine.

Dans le système français la récusation pourra viser des circonstances antérieures à la désignation de l'arbitre des lors qu'elles ont été découvertes postérieurement à celle-ci. Le recours à la procédure d'annulation de la convention d'arbitrage perd donc sa justification, tout au moins aussi longtemps que la procédure de récusation reste ouverte.

C'est la raison pour laquelle nous croyons qu'il serait préférable de ne conserver pendant tout le temps de l'instance arbitrale qu'une seule procédure visant au remplacement de l'arbitre en cause.

La récusation n'est pas la seule sanction du devoir d'indépendance qui touche la personne de l'arbitre. Celui-ci pourra également engager sa responsabilité en cas de non-respect de ce précepte.

B) Responsabilité de l'arbitre

Outre la sanction naturelle du défaut d'indépendance de l'arbitre que constitue la récusation en droit positif, ce même défaut d'indépendance pourra également

²⁵⁰ Ph. FOUCHARD : « Vers une réforme du droit français de l'arbitrage ? », Rev. arb. 1992, p. 201 et 205.

²⁵¹ Note P. Bellet, sous TGI Paris, 1er avril 1993, Etat de Dubai, N. 3, p. 464.

engager la responsabilité de l'arbitre dès lors qu'il provoque un dommage pour les parties²⁵².

Cette responsabilité de l'arbitre ne se confond pas nécessairement avec sa responsabilité en cas de non-respect de son devoir de révélation. Selon M. Henry, il suffit pour cela que le défaut d'indépendance consiste en une attitude de l'arbitre, au cours de la procédure, favorable à l'une des parties au détriment de l'autre qui, a priori, s'induit de l'existence de quelconques liens antérieurs de l'arbitre avec la partie favorisée²⁵³.

Selon un certain nombre d'auteurs, cette notion recouvre les fautes dites équivalentes au dol ou constitutives d'une fraude, d'une concussion, d'une faute lourde ou d'un déni de justice. Ils ajoutent que la nature juridictionnelle de sa mission permet donc à l'arbitre de ne pas être emporté par le mouvement qui tend à la mise en cause systématique de la responsabilité des professionnels²⁵⁴.

En droit français, on s'est interrogé tout d'abord sur l'applicabilité aux arbitres de la procédure de prise à partie de l'article 505 de l'ancien code de procédure civile. La Cour de Cassation a refusé le droit de prise à partie à l'égard des arbitres dans un arrêt du 29 janvier 1960, du fait que les arbitres ne sont investis d'aucune fonction publique et qu'à ce titre, l'article 505 ne leur est pas applicable. La Cour de Cassation précisait à cette occasion qu'une action en dommages et intérêts contre des arbitres ne pourrait être exercée que « dans les conditions du droit commun »²⁵⁵.

Il s'agissait de savoir sur quels fondements la responsabilité des arbitres reposerait au regard de la dichotomie responsabilité contractuelle/ responsabilité délictuelle. Les auteurs et la jurisprudence, accordant en ce domaine une

²⁵² Ph. FOUCHARD, art. cit., « Le statut de l'arbitre ... », Rev. arb. 1996, N. 70, p. 360.

²⁵³ M. HENRY, op. cit., N. 389, p. 262.

²⁵⁴ Henri- Jacques NOUGEIN, Yves REINHARD, Pascal ANCEL, Marie-Claire RIVIER, André BOYER, Philippe GENIN : « Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale », Litec 2004, N. 179, p. 100.

²⁵⁵ Civ., 29 janvier 1960, Société Veuve J. Houdet et Fils c/ Chambre arbitrale de l'Union des Grains et Farines de Bordeaux, Rev. arb. 1960, p. 121 et s.

prédominance à la composante contractuelle de l'arbitrage, ont placé la responsabilité de l'arbitre sur le terrain purement contractuel.

Ainsi selon David, la responsabilité de l'arbitre « se rattache au contrat (*receptum arbitri*) qui le lie aux parties », l'arbitre étant selon l'auteur, « responsable dans le cas où il n'exécute pas et dans ceux où il exécute mal ce contrat »²⁵⁶. De même Robert, après avoir relevé que « si l'arbitre n'est pas un mandataire et que la loi définit son rôle comme une « mission » (article 1451, alinéa 1), la désignation suivie d'une nécessaire « acceptation » (article 1451, al. 1) suppose l'existence d'un concours de volontés et donc l'existence d'un « lien contractuel intervenu entre l'arbitre et les parties » pour en déduire que la responsabilité de l'arbitre à l'égard des parties aura alors nécessairement un « caractère contractuel », dans les termes de l'article 1142 du Code Civil »²⁵⁷.

Pour notre part, on prendra la position de M. Henry qui est intéressante car selon lui cette responsabilité ne sera pas entendue comme une responsabilité contractuelle vis-à-vis des parties (qui constitue pourtant l'approche actuelle dominante en matière de responsabilité des arbitres), mais comme la sanction d'un devoir moral inhérent à la personne de l'arbitre, qui s'impose à lui dès lors qu'il endosse sa fonction d'arbitre. Il ajoute ensuite que « le devoir d'indépendance étant constitué des obligations de neutralité, d'objectivité et d'impartialité, un arbitre qui ne respecterait pas son obligation de neutralité ou d'objectivité engagerait sa responsabilité ». La responsabilité délictuelle de l'arbitre devrait donc selon lui constituer la sanction première et générale du devoir d'indépendance, la notion d'indépendance étant prise dans le sens générique qu'il préconise²⁵⁸.

La jurisprudence s'est faite l'écho des opinions doctrinales susvisées. Dans l'affaire L'Oréal, le Tribunal de grande instance de Paris a condamné l'arbitre sur le fondement de l'article 1382 du Code civil en exprimant que: « Attendu que la victime des manoeuvres dolosives de l'arbitre peut également obtenir de leur

²⁵⁶ R. DAVID, op. cit., N. 298, p. 381.

²⁵⁷ J. ROBERT, op. cit., N. 152, p. 131.

²⁵⁸ M. HENRY, op. cit., N. 429, p. 289.

auteur réparation, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, du préjudice qu'elle a subi »²⁵⁹.

Dans une affaire Bompard, le TGI de Paris, dans un jugement du 13 juin 1990, se réfère à un « contrat d'investissement » conclu entre les parties et les arbitres en vertu duquel les arbitres sont investis d'une mission ayant « d'une part pour fin de mettre en oeuvre directement ou indirectement, la procédure arbitrale avec diligence et sérieux, dans le respect des prévisions des parties, des prescriptions des lois et règlements applicables à l'instance et ayant, d'autre part, pour objet de trancher le litige qui leur est soumis conformément aux pouvoirs qui leur sont conférés ». Dans l'accomplissement de cette mission, le tribunal considère que, sur la base du contrat d'investissement, les « arbitres engagent leur responsabilité civile, dans les termes des articles 1142 et 1147 du Code civil, en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution qui leur serait imputable »²⁶⁰.

Dans l'affaire Raoul Duval, le Tribunal de grande instance de Paris considère à nouveau que « le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions du droit commun de l'article 1142 du Code civil »²⁶¹.

SECTION 2: LES SANCTIONS CONTRE L'ARBITRAGE

En dehors des sanctions qui touchent la personne même de l'arbitre, le défaut d'indépendance de l'arbitre est susceptible en droit positif d'avoir des effets sur la validité de la convention d'arbitrage (A), comme sur celle de la sentence arbitrale (B).

A) La nullité de la convention d'arbitrage

²⁵⁹ TGI Paris, 9 décembre 1992, cit., Rev. arb. 1996, p. 491 et s.

²⁶⁰ TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ Consorts X et Y, GP 1990, Sommaire p. 417, Rev. arb. 1996, p. 477 et s.

²⁶¹ TGI Paris, 12 mai 1993, Raoul Duval, cit., Rev. arb. 1996, p. 414 et s.

Nous allons d'abord étudier la possibilité d'agir en nullité en cas de défaut d'indépendance de l'arbitre (1), puis, apporter quelques précisions sur la détermination du régime même de ce recours en nullité (2) ainsi que sur l'articulation de ce dernier avec la procédure de récusation (3).

- 1) Reconnaissance du droit d'agir en nullité de la convention d'arbitrage pour défaut d'indépendance de l'arbitre

En droit français, avec un arrêt ancien de la Cour d'appel de Paris, on comprend que la nullité de la convention d'arbitrage s'est développée à l'origine pour des raisons purement pratiques tenant au domaine limité couvert par la procédure de récusation qui ne pouvait viser aux termes de l'article 1014 de l'Ancien Code de Procédure Civile, que les causes de récusation survenues depuis le compromis²⁶². La voie de récusation était donc fermée dès lors qu'il s'agissait des causes antérieurs au compromis quand bien même la partie lésée n'en aurait eu connaissance que postérieurement au compromis.

La voie de la récusation était également fermée postérieurement au prononcé de la sentence or la cause de récusation pouvait, dans certains cas ne se révéler qu'après la sentence. Il était donc normal que la partie lésée dispose d'un recours lui permettant de sanctionner le défaut d'indépendance.

M. Moreau dans son article paru en 1975²⁶³ proposait une méthodologie permettant de choisir entre les divers recours possibles suivant le moment où la partie lésée entendait agir:

- Pour la période antérieure au prononcé de la sentence, M. Moreau considère que deux possibilités étaient offertes aux parties: soit agir préventivement en

²⁶² CA Paris, 1re Ch. civ., 7 mai 1968, Le Moy c/Hersant, Dalloz 1968, p. 513 et s., note J. Robert.

²⁶³ B. MOREAU : « La Récusation des arbitres dans la jurisprudence récente », Rev. arb. 1975, p. 223 et s.

nullité du compromis pour vice de consentement, soit attendre le prononcé de la sentence pour exercer à son encontre les voies de recours prévues par les textes. Nous sommes dans l'hypothèse d'une cause de récusation antérieure au compromis ; dans le cas contraire, la voie de récusation aurait été ouverte. Dans cette hypothèse la violation des droits de la défense ne présente aucun intérêt car comme nous le montre un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui a déclaré qu'« une violation des droits de la défense ne peut trouver son fondement que dans des circonstances postérieurs au compromis ... »²⁶⁴.

➤ Pour la période postérieure au prononcé de la sentence et dans l'hypothèse donc où la cause de récusation n'est révélée à la partie qu'une fois la sentence rendue, la partie en cause disposait de deux recours possibles:

- s'il s'agissait d'une cause antérieure au compromis, la partie pouvait prétendre que son consentement avait été vicié et fonder ainsi une opposition à ordonnance d'exequatur sur la base de l'article 1028-2 de l'Ancien Code de Procédure Civile;
- s'il s'agissait d'une cause de récusation postérieure au compromis, la partie pouvait agir dans le cadre de l'appel-nullité pour violation des droits de la défense.

La possibilité d'agir en nullité du compromis pour vice de consentement en cas de défaut d'indépendance d'un arbitre a été clairement admise par la Cour d'appel de Paris dès 1967 dans le premier arrêt Ury²⁶⁵: « ... un fait antérieur au compromis mais révélé postérieurement, de nature à avoir incité l'une des parties à ne pas accepter la désignation de l'un des arbitres, pourrait seulement motiver la nullité du compromis pour vice de consentement ». Cette possibilité a été confirmée par la Cour d'appel de Paris le 8 mai 1970 dans le deuxième arrêt Ury²⁶⁶ dans lequel il est énoncé que « L'erreur commise par l'un des contractants

²⁶⁴ CA Paris, 4ème Ch., 8 juillet 1970, Compagnie des Freins et Signaux Westinghouse c/ Société Triflux et MM. Mercier, Dubreuil, Benezeth es-q., Rev. Arb. 1970, p. 95.

²⁶⁵ Paris, 14 décembre 1967, Galeries Lafayette c/ Consorts Ury, Rev. arb. 1968, p. 59 et s.

²⁶⁶ Paris 8 mai 1970, Consorts Ury et autres c/ Galeries Lafayette, Rev arb. 1970, p. 80 et s.

sur la personne d'un arbitre désigné, telle que ce choix n'aurait pas été fait si certains aspects de cette personnalité avaient été connus, est de nature à entraîner la nullité du compromis par application de l'article 1110 du Code civil ».

Enfin, la Cour de Cassation, dans son arrêt du 13 avril 1972²⁶⁷, reprenant à son compte l'essentiel de la motivation de la Cour d'appel de Paris, a confirmé l'arrêt du 8 mai 1970 et consacré la possibilité d'invoquer la nullité du compromis pour erreur sur une qualité essentielle des arbitres afin d'agir en opposition à une ordonnance d'exequatur, l'erreur étant constituée par l'ignorance d'une circonstance de nature à porter atteinte à l'indépendance d'esprit des arbitres.

Dans un commentaire de cet arrêt M. Loquin relève que « même si chacune des parties se voit reconnaître - et il en va souvent ainsi en pratique - le droit de désigner un arbitre, l'indication du nom de ceux-ci dans le compromis qui est l'oeuvre commune des parties fait que cette désignation procède de la même volonté commune ». L'auteur note ensuite que « la Cour suprême donne ici fondement légal à ce principe en le tirant du rapprochement de l'article 1006 du CPC, selon lequel le compromis désigne les arbitres, et de l'autre, l'article 1008 du même code, selon lequel ces derniers ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel des parties ». M. Loquin observe enfin que « le caractère conventionnel de la désignation de ces arbitres "ex parte" » permet à la Cour « d'annuler pour erreur de la part de l'une des parties la désignation par l'autre de "son arbitre", la première ayant ignoré une «circonstance de nature à porter atteinte à l'indépendance d'esprit » de cet arbitre »²⁶⁸.

Dans un arrêt du 29 juin 1972, la Cour d'appel de Paris a appliqué les principes posés par la Cour de Cassation et en a extrait le fondement des dispositions de l'article 1014 du CPC qui limite les causes de récusation aux circonstances postérieures au compromis²⁶⁹. La Cour d'appel de Paris énonce que « si, aux termes de l'article 1014 (...), les arbitres, juges privés, ne peuvent être récusés que pour des causes survenues depuis le compromis, cette restriction s'explique du fait

²⁶⁷ Civ., 13 avril 1972, Consorts Ury c/ Galeries Lafayette, Rev. arb. 1975, p. 235 et s.

²⁶⁸ Note sous arrêt, Rev. arb. 1975, p. 237 et 238.

²⁶⁹ Paris, 29 juin 1972, Le Petit Méridional c/SNEP, Dalloz 1973, p. 176 et s.

que la désignation des arbitres, dans le compromis, résulte d'un commun accord », et en déduit qu'« il n'est pas permis aux parties d'y revenir, sauf à prouver que leur consentement a été vicié du fait de leur ignorance d'une cause de récusation, une telle preuve entraînant la nullité de la convention d'arbitrage ».

Nombre de législations sur l'arbitrage prévoient à l'instar du droit français la possibilité d'invoquer la nullité de la convention d'arbitrage.

La loi-type (article 34-2) reprenant en cela les dispositions de la Convention de New York de 1958 (article V-1-a), prévoit parmi les motifs d'annulation de la sentence, le cas où la convention d'arbitrage ne serait pas valable.

Dans le cadre de la législation française, il devrait donc être également possible pour une partie qui découvrirait une circonstance de nature à mettre en doute l'indépendance d'un arbitre de se fonder sur cette circonstance pour arguer de la nullité de la convention d'arbitrage.

2) Régime du recours en nullité de la convention d'arbitrage pour défaut d'indépendance de l'arbitre

Deux questions nous sont apparues en ce domaine qui nécessitent d'être étudiées.

(i) Incidence du moment de la désignation de l'arbitre sur l'admissibilité d'un recours en nullité de la convention d'arbitrage

La doctrine majoritaire actuelle distingue plusieurs conventions dans le cadre de la mise en oeuvre d'une procédure d'arbitrage: il existerait à l'origine une convention d'arbitrage constituée, soit d'une clause compromissoire, soit d'un compromis d'arbitrage, par laquelle les parties à la convention s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui s'élèveraient entre elles²⁷⁰. Le litige né, une deuxième convention serait passée entre les parties et le ou les arbitres désignés aux termes de laquelle les arbitres acceptent la mission qui leur confiée

²⁷⁰ M. de BOISSESON, op. cit., 2ème édition, p. 576.

par les parties appelée « *receptum arbitri* »²⁷¹ ou « contrat d'investiture »²⁷², qui fonde les droits et les obligations des arbitres.

M. de Boissésou note à ce propos que l'investiture des arbitres se réalise aux termes d'une opération complexe d'accords contractuels semblables aux anneaux d'une chaîne: conclusion d'une convention d'arbitrage, désignation des arbitres, acceptation par les arbitres de leur mission²⁷³.

Il convient dès lors de distinguer deux hypothèses selon que le ou les arbitres sont ou non désignés dans la convention d'arbitrage:

- Cas où le ou les arbitres sont désignés dans la convention d'arbitrage

Lorsque la convention d'arbitrage contient le nom des arbitres, nous comprenons qu'il ait pu être considéré que le défaut d'indépendance d'un arbitre vicie la convention d'arbitrage pour erreur sur la personnalité de l'arbitre désigné en cause, son défaut d'indépendance constituant une atteinte à une qualité jugée d'essentielle par les parties.

Robert, sur ce point, observe que « si l'arbitre en cause a été effectivement désigné dans la convention d'arbitrage et que les parties (ou l'une d'entre elles seulement) n'aient pas eu connaissance à cette date du défaut d'indépendance dû à un motif antérieur, il faut admettre que le consentement qu'elles ont donné à la convention s'est trouvé vicié par cette ignorance » et il précise que « l'indépendance étant une qualité substantielle de l'arbitre, le consentement donné a été vicié au moyen d'une erreur sur la personne et la convention d'arbitrage doit par là-même être annulée par application de l'article 1110 du Code civil »²⁷⁴.

Cette dernière précision est critiquée par M. de Boissésou et par M. Henry car selon M. Henry, l'erreur, cause de nullité de la convention d'arbitrage n'est pas «

²⁷¹ R. DAVID, op. cit., N. 292, p. 369.

²⁷² M. de BOISSESON : « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international » in Etudes offertes à P. Bellet, p. 33 et s.

²⁷³ M. de BOISSESON, op. cit. p. 577.

²⁷⁴ J. ROBERT, op. cit., N. 135, p. 115.

erreur sur la personne » au sens de l'article 1110 du Code civil alinéa 2. Une telle erreur vise en effet la personne du cocontractant à une convention. Or, l'arbitre n'est pas « partie » à la convention d'arbitrage²⁷⁵. Ainsi selon M. de Boissésou l'erreur en cause est une erreur sur une qualité substantielle d'une des « choses » objet de la convention d'arbitrage au sens de l'alinéa 1 de l'article 1110, cette chose étant la personne de l'arbitre et sa nécessaire qualité d'indépendance²⁷⁶.

Dans les affaires Ury et FACO précitées, le nom des arbitres était une des composantes du compromis et il est dès lors compréhensible que ces compromis aient pu être annulés pour défaut d'indépendance.

S'il est donc compréhensible que la convention d'arbitrage ait pu être annulée dans les hypothèses où un arbitre désigné dans cette convention avait failli à son devoir d'indépendance, il nous semble toutefois qu'une telle circonstance ne devrait pas suffire à emporter *per se* la nullité de la convention d'arbitrage. Une telle nullité ne s'imposera, nous semble que pour autant que la personne de l'arbitre en cause ait été un élément déterminant du consentement à l'arbitrage de la partie qui se prévaut du défaut d'indépendance. Si tel est le cas la convention d'arbitrage doit être annulée. Dans le cas contraire, une nullité partielle pourrait être envisagée qui préserverait le principe même du recours à l'arbitrage.

La question se poserait alors de savoir comment organiser le remplacement de l'arbitre. À notre avis, à défaut d'accord des parties, compétence devrait être reconnue à l'ordre judiciaire eu égard à sa mission d'« assistance technique et de coopération judiciaire à l'arbitrage »²⁷⁷.

- Cas où les arbitres ne sont pas désignés dans la convention d'arbitrage

²⁷⁵ M. HENRY, op. cit., N. 402, p. 271.

²⁷⁶ M. de BOISSESON, op. cit., 1ère édition, N. 271, p. 235.

²⁷⁷ Voir TGI Paris, ord. réf., 12 juillet 1989, Société La Belle Créole Sa c/ Société The Gemtel Partnership, Rev. arb. 1990, p. 176 et s., note P. Kahn.

La question se pose alors de savoir si le défaut d'indépendance d'un arbitre désigné postérieurement à la signature de la convention d'arbitrage peut justifier l'annulation de celle-ci.

Robert considère que, bien que la désignation intervienne après la signature de la convention d'arbitrage, « il faut considérer néanmoins que, même dans cette circonstance, il y aura une erreur sur la qualité substantielle de la personne de l'arbitre, donc nullité de la convention ». Il précise ensuite qu'« en effet, en stipulant dans la convention d'arbitrage les modalités de désignation de l'arbitre, les parties n'en ont pas moins voulu que l'arbitre désigné selon ces modalités soit indépendant. Et s'il s'avérait ne pas l'être, l'erreur sur la personne (sic) subsisterait »²⁷⁸.

L'opinion de M. Loquin est la même. Il distingue entre la désignation de l'arbitre et la convention d'arbitrage pour observer que « l'ignorance du motif de récusation existant antérieurement à la désignation de l'arbitre et non révélée à la partie, à qui elle fait grief, au moment de cette désignation, entache toujours celle-ci d'une erreur déterminante, cause de nullité de la convention d'arbitrage »²⁷⁹.

L'opinion défendue par ces deux auteurs est inexacte selon M. Henry. Il pense qu'en effet, par hypothèse les arbitres sont censés avoir été choisis postérieurement à la signature de la convention d'arbitrage. Il ajoute que dans le cas de désignation d'un arbitre postérieurement à la convention d'arbitrage, deux conventions distinctes co-existent outre le « *receptum arbitri* » sus-défini: la convention d'arbitrage et l'accord des parties sur la personne des arbitres. C'est ce dernier accord et lui seul qui, selon lui, est susceptible d'être remis en cause par la découverte postérieurement à la réalisation de cet accord d'une circonstance de nature à faire douter de l'indépendance d'un des arbitres.

En conséquence l'accord donné à la désignation de l'arbitre devra être considéré comme nul. La convention d'arbitrage conclue préalablement n'en demeurera pas moins parfaite. Le consentement donné par les parties à l'arbitrage reste intègre.

²⁷⁸ J. ROBERT, op. cit., N. 135, p. 115.

²⁷⁹ E. LOQUIN, op. cit., fasc. 1032, N. 114, p. 27.

L'accord de désignation de l'arbitre étant nul, il suffira pour reconstituer le tribunal arbitral de faire jouer les dispositions de la convention d'arbitrage définissant les modalités de désignation des arbitres²⁸⁰.

Dans un tel système, il nous semble que si la circonstance viciant le consentement donné à la désignation des arbitres n'est découverte que postérieurement au prononcé de la sentence, celle-ci devra être considérée comme nulle dans la mesure où elle aura été rendue par un collège arbitral désigné sur la base d'un accord qui se révèle vicié. La nullité de la sentence ne reposera donc pas sur une nullité de la convention d'arbitrage puisque celle-ci demeure valable malgré la nullité de l'accord de désignation de ou des arbitres.

(ii) Incidence du moment de la survenance de la circonstance préjudiciant à l'indépendance de l'arbitre sur l'admissibilité d'un recours en nullité de la convention d'arbitrage

Il reste l'hypothèse où la circonstance préjudiciant à l'indépendance de l'arbitre serait survenue postérieurement à la désignation même de l'arbitre, au cours de la procédure arbitrale. La question est de savoir si une telle circonstance pourrait conduire à l'annulation de la convention d'arbitrage.

Robert répond positivement en observant que « l'indépendance de l'arbitre devant subsister jusqu'à l'instant où sera rendue la sentence, la présomption demeure la même, selon laquelle les parties n'ont donné leur consentement à la convention d'arbitrage qu'en vue de l'intervention d'un arbitre indépendant »²⁸¹. M. Loquin semble au contraire limiter la nullité de la convention d'arbitrage aux seules hypothèses de motifs de récusation « existant antérieurement à la désignation de l'arbitre »²⁸².

3) Articulation du recours en nullité de la convention d'arbitrage avec la procédure de récusation

²⁸⁰ M. HENRY, op. cit., N. 405, p. 272-273.

²⁸¹ J. ROBERT, op. cit., N. 135, p. 115.

²⁸² E. LOQUIN, op. cit., fasc. 1032

Nous avons déjà observé que la raison principale de la consécration de la nullité de la convention d'arbitrage ou de l'accord de désignation des arbitres était, dans un premier temps, sous l'empire de l'ancien article de 1014 du CPC, de pallier la limitation du domaine de la récusation aux causes survenues après la désignation de l'arbitre ainsi que de permettre de sanctionner les atteintes à l'indépendance de l'arbitre qui se révélaient postérieurement au prononcé de la sentence, la procédure de récusation étant alors fermée.

Aujourd'hui le domaine de la récusation ayant été élargi aux circonstances antérieures à la désignation des arbitres mais découvertes postérieurement à celle-ci, le recours à la procédure d'annulation de la convention d'arbitrage n'a d'intérêt que dans l'hypothèse où la procédure de récusation est fermée du fait du prononcé de la sentence.

Il n'en reste pas moins que pendant toute la période antérieure au prononcé de la sentence et dans les cas de circonstances de nature à fonder la récusation d'un arbitre, antérieures à la désignation de celui-ci, la convention d'arbitrage dans le système français actuel est atteinte de nullité. La question se pose donc de savoir si la partie dont le consentement a été vicié bénéficie d'une alternative entre une action fondée sur la constatation de la nullité de la désignation et une action en récusation.

En droit français, il serait possible d'imaginer que la partie lésée, estimant la désignation nulle, demande la nomination d'un nouvel arbitre et celle-ci étant refusée par la partie adverse, saisisse l'autorité judiciaire de cette difficulté sur la base de l'article 1444 ou 1493.

Il nous semble que cette alternative doit être refusée. Aussi longtemps que la procédure de récusation est ouverte, il convient de l'utiliser exclusivement²⁸³.

B) Nullité de la sentence arbitrale

²⁸³ M. HENRY, op. cit., N. 408, p. 275.

Dans le paragraphe précédent, il est apparu que le défaut d'indépendance d'un arbitre pouvait aboutir à la nullité de la sentence arbitrale de manière en quelque sorte indirecte, celle-ci étant commandée par la nullité de la convention d'arbitrage.

Dans les développements qui suivront, le défaut d'indépendance aura une répercussion directe sur la validité de la sentence arbitrale, indépendamment donc la question de la validité de la convention d'arbitrage.

Après avoir étudié la manière dont a été reconnue en droit français, la possibilité d'agir en annulation de la sentence arbitrale en cas de défaut d'indépendance de l'arbitre (1), nous ferons une analyse du fondement donné à ce recours (2) et enfin nous étudierons les conditions de recevabilité d'un recours en annulation d'une sentence après le rejet d'une demande de récusation (3).

- 1) Reconnaissance du droit d'agir en nullité de la sentence arbitrale en cas de défaut d'indépendance de l'arbitre.

En droit français, la nullité de la sentence arbitrale pour défaut d'indépendance d'un arbitre a été consacrée au travers de la procédure d'appel-nullité. Comme nous le rappelle M. de Boissésou, l'appel-nullité est une création jurisprudentielle antérieure au décret de 1980, visant à faire censurer par la cour d'appel un vice susceptible d'entraîner la nullité de la sentence. La sentence devait être déclarée nulle en cas de violation d'une règle d'ordre public ou d'atteinte aux droits de la défense²⁸⁴.

Selon M. Loquin, le recours à la procédure de l'appel-nullité en cas de défaut d'indépendance de l'arbitre, avait pour but dans un premier temps semble-t-il, de pouvoir sanctionner un motif de récusation postérieur à la désignation des arbitres (et comme tel, insusceptible de constituer une cause de nullité de la convention d'arbitrage) qui se serait révélé après le prononcé de la sentence²⁸⁵.

²⁸⁴ M. de BOISSESON, op. cit., 1ère édition, N. 420, p. 354.

²⁸⁵ E. LOQUIN, op. cit., fasc. 1032, N. 113, p. 27.

Dans un arrêt du 8 juillet 1970, la Cour d'appel de Paris, dans une affaire *Compagnie des Freins*, admettait le principe de la recevabilité d'un appel-nullité pour cause de violation des droits de la défense en cas d'existence d'une cause de récusation en la personne d'un arbitre. Constatant toutefois qu'en l'espèce, la cause de récusation était antérieure à la désignation de l'arbitre, elle rejette ce chef de nullité et vise la nullité de la convention d'arbitrage pour vice du consentement en faisant référence à la procédure d'opposition à ordonnance d'exequatur instituée par l'article 1028-2 du CPC²⁸⁶.

Cette vision étroite des cas de nullité de la sentence arbitrale risquait de restreindre les possibilités de sanction de l'exigence d'indépendance des arbitres. C'est pourquoi il nous semble que la jurisprudence a écarté en élargissant le domaine de l'appel-nullité. L'élargissement a consisté à ne plus situer l'atteinte aux droits de la défense sur le plan de survenance de circonstances justifiant la récusation d'un arbitre mais à la situer sur le plan de non-divulgaration par l'arbitre de cette circonstance. Ce qui constituait donc l'atteinte aux droits de la défense, c'était la réticence observée par l'arbitre laquelle n'avait pas permis à la partie d'exercer son droit de récusation. M. Loquin confirme cette idée en observant que « la violation des droits de la défense résulte alors non pas de l'atteinte à l'indépendance de l'arbitre résultant de l'existence d'une cause de suspicion mais de la privation faite à l'une des parties de la faculté d'user de son droit de récusation »²⁸⁷. Dans ces conditions, le moment de la survenance de la circonstance de nature à faire douter de l'indépendance de l'arbitre devenait indifférent. Que cette circonstance soit antérieure ou postérieure à la désignation de l'arbitre importait peu ; seule comptait la non divulgation de cette circonstance par l'arbitre.

Cette approche est confirmée par la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 4 décembre 1979 dans l'affaire *Cornu*. Après avoir relevé que d'après la sentence déférée, les parties avaient seulement été informées « en cours d'audience que certains des membres de la Commission avait, avant la naissance du litige, connu des éléments du problème évoqué », et que le « renseignement donné au parties en

²⁸⁶ Paris, 8 juillet 1970, *Compagnie des Freins*, Rev. arb. 1970, p. 95 et s.

²⁸⁷ E. LOQUIN, op. cit., fasc. 1032, N. 114, p.27 in fine.

cours d'audience était trop imprécis pour permettre de connaître le contenu exact de cette information, afin de justifier, le cas échéant, la récusation du membre de la Commission », la Cour d'appel reçut M. Cornu en son appel-nullité, considérant que la réticence du Président de la Commission d'arbitrage constituait « une violation des droits de la défense puisqu'elle n'a pas mis René Cornu en mesure d'exercer son droit de récusation »²⁸⁸.

Avec l'adoption du décret de 1980 sur l'arbitrage, la dichotomie appel-nullité/opposition à exequatur a disparu au profit d'un recours en annulation de la sentence arbitrale défini à l'article 1484 du NCPC. Il en est de même dans le cadre de l'arbitrage international à propos duquel l'article 1502 du NCPC fait référence aux atteintes à l'ordre public en l'occurrence international ainsi qu'aux atteintes au principe de la contradiction.

Il apparaît ainsi que la jurisprudence précitée qui s'était développée dans le cadre de l'appel-nullité devrait se pérenniser dans le nouveau cadre réglementaire institué par les décrets de 1980 et 1981. Le défaut d'indépendance de l'arbitre constitue donc aujourd'hui à n'en point douter une cause de nullité de la sentence arbitrale.

En conclusion, la situation que nous avons décrite dans les développements précédents qui prévaut en France ne nous paraît pas satisfaisante. La diversité des fondements observés constitue un facteur de confusion. Le recours à la notion d'atteinte aux droits de la défense pour élargir le domaine de sanction de l'indépendance de l'arbitre nous paraît artificiel et complexe.

2) Observation critique sur le fondement donné au recours en nullité de la sentence arbitrale en cas de défaut d'indépendance de l'arbitre

Nous constatons que la question de l'indépendance de l'arbitre est très importante sur le terrain de la composition du tribunal arbitral. Il a été ainsi soutenue devant les juridictions françaises que le défaut d'indépendance d'un arbitre constituerait

²⁸⁸ Paris, 4 décembre 1979, René Cornu c/Comptoir Commercial André et Cie, Rev. arb. 1981, p. 146 et s. note J. Rubellin-Devichi.

une irrégularité dans la composition du tribunal arbitral ou dans la désignation de l'arbitre, justifiant à ce titre l'annulation de la sentence²⁸⁹.

Dans l'affaire *Philipp Brothers c/ Icco* par exemple, la société *Philipp Brothers* revendiquait de même l'annulation de la sentence pour composition irrégulière du tribunal arbitral conformément à l'article 1502-2 du NCPC en raison du « défaut d'indépendance des arbitres désignés compte tenu de leur liens avec les parties adverses »²⁹⁰. La Cour a rejeté toutefois le moyen soulevé par la société *Philipp Brothers* en faisant observer que la question de l'indépendance des arbitres avait déjà fait l'objet d'une décision définitive dans le cadre d'une procédure de récusation devant le Président du Tribunal de grande instance de Paris et faute d'éléments nouveaux ne pouvait pas être posée une nouvelle fois devant elle.

Nous nous en réjouissons dans la mesure où nous croyons qu'en égard à la portée fondamentale à reconnaître à l'exigence d'indépendance de l'arbitre, la question des conséquences du défaut d'indépendance d'un arbitre sur la validité de la sentence arbitrale ne saurait se situer que sur le terrain de l'ordre public: le défaut d'indépendance constituant une atteinte à l'ordre public devrait pouvoir justifier l'annulation de la sentence arbitrale, tout au moins lorsque ce défaut est découvert postérieurement au prononcé de la sentence. Telle est la solution qu'a adoptée la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 23 mars 1995²⁹¹.

3) Conditions de recevabilité d'un recours en annulation d'une sentence après le rejet d'une demande de récusation

Dans un arrêt du 4 juin 1992, la Cour d'appel de Paris a réaffirmé sa position en des termes strictement identiques²⁹².

M. de Boissésou a critiqué la position de la Cour à l'époque de l'affaire *Philipp Brothers* au motif qu'il n'y aurait pas identité d'objet entre la demande relative à

²⁸⁹ S. Crépin, art. cit., « Le contrôle des sentences », *Rev. arb.* 1991, p. 563 et 564.

²⁹⁰ Paris, 6 avril 1990, *Philipp Brothers c/Icco*, *Rev. arb.* 1990, p. 883 et s., note M. de Boissésou.

²⁹¹ Paris, 23 mars 1995, cit., *RTD Com.* 1995, p. 588 et s.

²⁹² Paris 4 juin 1992, *Wattelet c/ Société Geteba et Lorquin*, *Rev. arb.* 1993, p. 449 et s., note Antoine Hory.

la constitution du tribunal arbitral et celle tendant à l'annulation de la sentence. L'intervention du magistrat permettrait de faciliter la constitution du tribunal arbitral, et non de statuer sur la validité de cette constitution. Elle ne saurait en conséquence empêcher la Cour d'appel, saisie d'un recours en annulation, de statuer sur la régularité de la constitution du tribunal arbitral (composition irrégulière ou contrariété à l'ordre public)²⁹³.

Pour notre part, nous nous rangeons à l'opinion de la Cour d'appel de Paris, pour les raisons qui ont été parfaitement exprimées par M. Hory et nous nous permettrons donc de reproduire à l'identique.

Ainsi que le note M. Hory: « Ce sont les notions de contestation et de solution qui doivent permettre de délimiter l'étendue de la chose jugée, plutôt que la triple identité des parties, d'objet et de cause de la demande. Dans les deux hypothèses, la question litigieuse est celle du « contrôle qualitatif » des arbitres, c'est à dire la détermination de leur indépendance ou de leur absence d'indépendance, au regard de certains griefs. Il est donc normal qu'on ne puisse, en raison de l'autorité attachée à la première décision, invoquer de nouveau les griefs sur lesquels le juge s'est déjà prononcé. Si les parties restent libres d'apporter de nouveaux éléments permettant de caractériser la constitution irrégulière du tribunal arbitral, elles ne pourront plus opposer les griefs invoqués dans la première instance²⁹⁴.

Il relève ensuite une différence sensible entre la constitution du tribunal arbitral par le juge étatique et la constitution du tribunal arbitral par une institution d'arbitrage. La jurisprudence refuserait, selon lui (il fait référence à l'ordonnance référée rendue le 23 juin 1988 dans l'affaire République de Guinée), de reconnaître une nature juridictionnelle aux décisions prises par les institutions d'arbitrage en matière de récusation ce qui priverait ces décisions du bénéfice de l'autorité de la chose jugée, avec pour conséquence que les points tranchés par les institutions d'arbitrage pourraient faire l'objet d'un nouveau débat lors d'un recours en

²⁹³ Note sous Paris, 6 avril 1990, Philipp Brothers, Rev. arb. 1990, p. 890.

²⁹⁴ Note sous Paris, 6 avril 1990, Philipp Brothers, Rev. arb. 1990, p. 890.

annulation contre la sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral constitué²⁹⁵.

Selon M. Henry la référence jurisprudentielle faite par M. Hory est inexacte. Dans l'ordonnance du 23 juin 1988, la nature juridictionnelle de la décision des institutions d'arbitrage a, au contraire, été reconnue ainsi que le note M. Fouchard. C'est la Cour de Cassation, dans l'arrêt *Opinter* du 7 octobre 1987, qui a rejeté toute qualification juridictionnelle à ce type de décision²⁹⁶.

M. Henry croit contrairement à la Cour de Cassation, qu'une nature juridictionnelle devrait être reconnue aux décisions des institutions en matière de récusation. Ces décisions devraient être considérées comme étant définitives, ce qui à l'instar de la solution adoptée par la Cour d'appel de Paris en cas de décision judiciaire en matière de récusation, devrait interdire d'exercer un recours en annulation d'une sentence fondée sur des circonstances déjà débattues devant l'institution d'arbitrage. Il en irait bien sûr différemment si le recours était fondé sur des éléments nouveaux²⁹⁷.

La jurisprudence ne partage pas l'opinion de M. Henry. La Cour d'appel de Paris a estimé dans un arrêt du 12 janvier 1996 que « la récusation refusée par l'institution d'arbitrage n'empêche pas la Cour de juger de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres après le prononcé de la sentence »²⁹⁸. M. Fouchard approuve cette solution « non pas tant parce qu'elle conforte la jurisprudence déniait aux décisions des centres d'arbitrage en matière de récusation le caractère juridictionnel, que parce que le juge étatique ne peut renoncer au contrôle a posteriori de la régularité de la sentence ni déléguer un tel pouvoir à un organisme privé »²⁹⁹.

Conclusion sur les sanctions du devoir d'indépendance de l'arbitre en droit positif

²⁹⁵ Note cit., Rev arb. 1993, p. 441 et 442.

²⁹⁶ Civ. 7 octobre 1987, Rev. arb. 1987, p. 479 et s. note Mezger.

²⁹⁷ M. HENRY, op. cit., p. 286.

²⁹⁸ Paris, 12 janvier 1996, *Qatar c/ Creighton Ltd.*, Rev. arb. 1996, p. 434 et s.

²⁹⁹ Ph. FOUCHARD, art. cit., « Le statut de l'arbitre ... », Rev. arb. 1996, N. 59, p. 355.

Il apparaît en définitive au regard des développements précédents que le devoir d'indépendance de l'arbitre connaît en droit positif plusieurs types de sanctions suivant le moment où la circonstance susceptible de préjudicier à l'indépendance de l'arbitre survient et est découverte par la ou les parties tenue(s) dans l'ignorance. Le défaut d'indépendance peut ainsi, selon les cas, conduire à la récusation de l'arbitre, à la nullité de la convention d'arbitrage ou encore à celle de la sentence arbitrale, étant entendu toutefois, selon le droit positif, que les recours en annulation ne sauraient être utilisés pour suppléer la carence des parties à exercer leur droit de récusation en temps utile.

Nous avons été amenés à critiquer le système actuel de sanction du devoir d'indépendance de l'arbitre qui ne nous semble pas refléter la portée fondamentale que nous entendons voir reconnaître au devoir d'indépendance de l'arbitre.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Lors de notre étude notre souhait était de contribuer à mieux cerner la notion d'indépendance appliquée dans le monde de l'arbitrage. L'analyse de la législation française et règlements d'arbitrage alliée à une étude de la jurisprudence française nous a permis de constater une consécration quasi-universelle de l'exigence d'indépendance de l'arbitre. Cette même analyse nous a toutefois également permis de relever que de nombreuses incertitudes subsistent sur le contenu et la portée de l'exigence d'indépendance.

Il nous a semblé que l'indépendance est une notion à laquelle il est difficile de donner sa propre définition. C'est la raison pour laquelle nous avons préféré nous attacher à identifier les éléments constitutifs du devoir d'indépendance de l'arbitre. Ce dernier nous a paru présenté deux aspects différents. Un aspect objectif: l'indépendance doit déjà caractériser les relations entre l'arbitre et l'objet du litige (Est-ce qu'il avait connaissance sur les points importants concernant le litige?). Un aspect subjectif:

l'indépendance doit caractériser aussi les relations entre l'arbitre et les parties au litige. Et à ce titre l'arbitre est tenu de respecter les obligations d'impartialité et de neutralité. Ces deux obligations particulières étant ainsi constitutives de l'indépendance de l'arbitre, ne devraient pas être présentées comme des exigences distinctes s'ajoutant à celle d'indépendance.

Le contenu, le fondement et la portée du devoir d'indépendance étant précisées, il restait à définir le devoir de révélation à la charge de l'arbitre et les sanctions du défaut d'indépendance de l'arbitre.

Cette partie de notre étude nous a amené à ne pas entendre le devoir de révélation trop strictement, sauf à risquer de déstabiliser l'institution arbitrale en rendant impossible le choix d'un arbitre et l'acceptation par ce dernier de sa mission.

Par ailleurs, notre étude nous a aussi amené à voir plusieurs types de sanctions prévues suivant le moment où la circonstance susceptible de préjudicier à l'indépendance de l'arbitre survient. Le défaut d'indépendance peut aussi comme on l'a vu, selon les cas, conduire à la récusation de l'arbitre, à la responsabilité de l'arbitre, à la nullité de la convention d'arbitrage ou encore à celle de la sentence arbitrale,

Le but du présent mémoire était d'abord de montrer l'importance de l'indépendance de l'arbitre, puis de voir les problèmes que soulève l'indépendance de l'arbitre surtout pendant la constitution du tribunal arbitral. Parce que selon nous cette phase est la phase la plus importante de la procédure d'arbitrage. Si nos développements contribuent à cet objectif, notre mémoire aura alors répondu au rôle que nous souhaitons le voir jouer.

TABLES DES MATIERES

Introduction.....	1
PARTIE 1: LA NOTION DE L'INDEPENDANCE.....	7
CHAPITRE 1: Affirmation de l'indépendance de l'arbitre.....	8

SECTION 1: Affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre en droit français.....	8
SECTION 2: Affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre à l'échelon international.....	13
A) L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le domaine de l'arbitrage.....	14
1) Présentation de la thèse de M. Jarrosson sur les liens entre la Convention européenne des droits de l'homme et l'arbitrage.....	15
2) Applicabilité de l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de d'arbitrage selon la jurisprudence française.....	17
B) Affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le cadre de la loi-type de la CNUDCI.....	21
SECTION 3: Affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre au sein des institutions d'arbitrage	24
A) Affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le règlement d'arbitrage de la CCI.....	26
B) Affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.....	27
C) L'affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le Règlement d'arbitrage de la LCIA.....	28
D) L'affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le règlement d'arbitrage du CIRDI.....	29
E) L'affirmation du principe d'indépendance de l'arbitre dans le Règlement	

de l'AAA.....	30
Conclusion sur le caractère quasi-universel de l'affirmation de l'exigence d'indépendance des arbitres.....	30
CHAPITRE 2: Distinction terminologique de l'indépendance.....	32
SECTION 1: Diversité des notions utilisées à propos du devoir d'indépendance de l'arbitre.....	32
A) Analyse des législations et règlements d'arbitrage.....	32
B) Analyse de la jurisprudence française.....	34
C) Analyse de la doctrine.....	38
SECTION 2: Distinction avec la notion d'impartialité.....	39
SECTION 3: Distinction avec la notion de neutralité.....	44
Conclusion sur la distinction terminologique de la notion d'indépendance.....	49
PARTIE 2: PRÉVENTION ET SANCTION DE LA DEPENDANCE DE L'ARBITRE.....	51
CHAPITRE 1: La prévention de la dépendance de l'arbitre.....	52
SECTION 1: Révélation de l'arbitre.....	53
Affirmation du devoir de révélation.....	53
B) L'affirmation du devoir de révélation dans les règlements d'arbitrage.....	55

C) L'importance du devoir de révélation.....	58
SECTION 2: Sanction de la révélation de l'arbitre.....	65
Conclusion sur le devoir de révélation.....	69
CHAPITRE 2: Les sanctions de la dépendance de l'arbitre.....	70
SECTION 1: Sanctions contre l'arbitre.....	70
A) Récusation de l'arbitre.....	70
1) Circonstances justifiant la récusation d'un arbitre.....	71
2) Procédure et régime de la récusation.....	72
(i) Autorité compétente	72
(ii) Récusabilité de l'arbitre par la personne même qui l'a désigné et pour une cause antérieure à sa désignation	75
(iii) Récusabilité de l'arbitre par une partie ayant participé à la procédure d'arbitrage en toute connaissance de la cause de récusation.....	76
3) Conséquences de la procédure de récusation sur l'instance arbitrale.....	78
(i) S'agissant de la période concomitante à la procédure de récusation.....	78
(ii) S'agissant de la période postérieure à la décision de récusation.....	79
• Hypothèse de désignation de l'arbitre dans la convention d'arbitrage.....	79
• Hypothèse d'absence de désignation de l'arbitre dans la convention d'arbitrage.....	81
4) Procédure de remplacement de l'arbitre récusé.....	82
B) Responsabilité de l'arbitre.....	83
SECTION 2: Sanctions contre l'arbitrage.....	86

A) Nullité de la convention d'arbitrage.....	86
1) Reconnaissance du droit d'agir en nullité de la convention d'arbitrage pour défaut d'indépendance de l'arbitre.....	87
2) Régime du recours en nullité de la convention d'arbitrage pour défaut d'indépendance de l'arbitre.....	90
(i) Incidence du moment de la désignation de l'arbitre sur l'admissibilité d'un recours en nullité de la convention d'arbitrage.....	90
• Cas où le ou les arbitres sont désignés dans la convention d'arbitrage.....	91
• Cas où les arbitres ne sont pas désignés dans la convention d'arbitrage.....	92
(ii) Incidence du moment de la survenance de la circonstance préjudiciant à l'indépendance de l'arbitre sur l'admissibilité d'un recours en nullité de la convention d'arbitrage.....	94
3) Articulation du recours en nullité de la convention d'arbitrage avec la procédure de récusation.....	94
B) Nullité de la sentence arbitrale.....	95
1) Reconnaissance du droit d'agir en nullité de la sentence arbitrale en cas de défaut d'indépendance de l'arbitre.....	96
2) Observation critique sur le fondement donné au recours en nullité de la sentence arbitrale en cas de défaut d'indépendance de l'arbitre.....	98

3) Conditions de recevabilité d'un recours en annulation d'une sentence après le rejet d'une demande de récusation.....	99
--	-----------

Conclusion sur les sanctions du devoir d'indépendance de l'arbitre en droit positif.....	101
---	------------

CONCLUSION GÉNÉRALE.....	102
---------------------------------	------------

BIBLIOGRAPHIE.....	104
---------------------------	------------

TABLE DES MATIÈRES.....	113
--------------------------------	------------

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX:

- Aristote: « Rhétorique », I, 1374b, Trad: M. Dufour: « Les Belles Lettres », 1932.
- BEGUIN Jacques: « L'arbitrage commercial international », Université Mc Gill, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal 1987.
- BOISSESON M. de : « Le droit français de l'arbitrage interne et international », GLN éditions Joly, 1ère éd., 1983.
- BOISSESON M. de : « Le droit français de l'arbitrage », GLN éditions Joly, 2ème édition, 1990.
- BOUTILLIER J.: « Somme rural ou grand coustumier général de pratique civile et canon, L. Charondas Le Caron », édition de 1621.
- Coran: Sourate des Femmes, verset 35 et 45.
- CORNU Gérard: « Vocabulaire juridique », PUF, 2ème édition, 1990.
- CREPIN S. : « Les sentences arbitrales devant le juge français », LGDJ, 1995.
- DAVID René: « L'arbitrage dans le commerce international », Economica 1982.
- Encyclopédie Diderot et D'Alembert.

- FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B.: « Traité de l'arbitrage commercial international » Litec 1996.
- Grand Robert
- JACQUET Jean Michel, DELEBECQUE Philippe: « Droit du commerce international », Dalloz, 3ème édition, 2002.
- JARROSSON Charles: « La Notion d'Arbitrage », LGDJ 1987.
- KOJEVE A.: « Esquisse d'une phénomologie du droit », Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1943, édition Posthume, 1981.
- La Bible Ancien Testament: Exode, 18, 15; Deutéronome, 16, 17. Adde Genèse.
- NOUGEIN Henri- Jacques, REINHARD Yves, ANCEL Pascal, RIVIER Marie-Claire, BOYER André, GENIN Philippe : « Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale », Litec 2004.
- OPPETIT Bruno: « Théorie de l'arbitrage », PUF 1998.
- POUDRET Jean François, BESSON Sebastien: « Droit Comparé de l'arbitrage international », LGDJ, Genève 2002.
- REUTER Paul: « Droit International Public », PUF 1958.
- ROBERT J. : « L'Arbitrage Droit interne Droit international Privé, Dalloz, 6ème édition, 1993.
- Trésor de la langue française
- VINCENT Jean, MONTAGNIER Gabriel, VARINARD André: « La Justice et ses Institutions », Dalloz 1982.

THÈSES:

- CLAY Thomas: « L'arbitre », Thèse Paris II, sous la direction de Monsieur le Professeur Ph. Fouchard, Nouvelle Bibliothèques de thèses, 2001.
- COURT FONTMICHEL M.: « L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international », Thèse Paris II, sous la direction de Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon, Editions Panthéon-Assas, 2004.
- FRISON – ROCHE M. A. : « Généralités sur le principe contradistinctoire » (droit processuel). Thèse Paris II, sous la direction de Monsieur le Professeur Jean Foyer, dact., soutenue le 9 juin 1988.

- HENRY Marc : « Le devoir d'indépendance de l'arbitre », Thèse Paris I, sous la direction de Monsieur le Professeur Pierre Mayer, LGDJ 2001.

ARTICLES, DOCUMENTS, ANNUAIRES, RAPPORTS:

- Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Vol. 5, p. 89.
- Annuaire des Nations Unies, Vol. III, 1977, p. 10, résolution 31/98.
- Annuaire des Nations Unies, Vol. VII, 1976, p. 24.
- BATIFFOL H.: « Le Comité Français de l'Arbitrage », Rev. arb., 1955, p. 2 et s.
- BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz Sirey 1984.
- BOISSESON M. de : « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international » in Etudes offertes à P. Bellet, p. 33 et s.
- BREDIN J. D.: « La légitimité des juges », in Être Juge Demain, recueil d'articles, Presses Universitaires de Lille, 1983, p. 112 et s.
- BREDIN J.D. : « La révélation, Remarques sur l'indépendance de l'arbitre en droit interne français », Mélanges Jean François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p.361 et s.
- BREDIN J.D.: « Qu'est-ce que l'indépendance du juge? », Justices, janvier/juin 1996, p. 161 et s.
- CADIET L. : « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. arb. 1996, p. 5 et s.
- CADIET L.: « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. arb. 1996, p. 7 et s.
- CREPIN S. : « Le contrôle des sentences », Rev. arb. 1991, p. 563 et s.
- Documents Nations Unies, ACN. 9309, 25 mars 1988, N.2.
- EISEMANN F. : « Indépendance de l'arbitre », Rev. arb. 1970, p.218 et s.
- EISEMANN F. : « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI », DPCI 1975, p. 358 et s.
- FLAUSS Jean François : « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux procédures arbitrales », Gaz. Pal. 1986, 2, p. 409 et s.
- FOUCHARD Ph. : « Le règlement d'arbitrage », Clunet 1979, p. 816 et s.

- FOUCHARD Ph. : « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », Rev. arb. 1996, p. 325 et s.
- FOUCHARD Ph. : « Les Institutions Permanentes d'Arbitrage devant le juge Etatique (à propos d'une jurisprudence récente) », Rev. arb. 1987, p. 256 et s.
- FOUCHARD Ph. : « Typologie des institutions d'arbitrage », Rev. arb. 1990, p.281.
- FOUCHARD Ph. : « Vers un réforme du droit français de l'arbitrage ? », Rev. arb. 1992, p. 201 et s.
- GAILLARD E.: « Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 1990, p. 761 et s.
- HENRY Marc : « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », Rev. arb. 1999, p. 216 et s.
- JARROSSON Ch. : « L'arbitrage et la Convention européenne des Droits de l'homme », Rev. arb. 1989, p. 573 et s.
- JARVIN Sigvard : « La loi-type de la CNUDCI sur l'Arbitrage Commercial International », Rev. arb. 1986, p.510 et s.
- JOLY F. : « Le règlement d'arbitrage international de l'association américaine d'arbitrage », Rev. arb. 1993, p.401 et s.
- LALIVE P. : « Rapport de synthèse », La procédure arbitrale et l'indépendance des arbitres, 6ème colloque CCI-CIRDI-AAA, Paris 27 octobre 1998, ICC Publishing No. 472, p. 134 et s.
- LALIVE Pierre : « Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse », Semaine judiciaire, Genève 1990, p. 362 et s.
- LOQUIN E. : « Les garanties de l'arbitrage », Petites affiches 2 octobre 2003, p. 13 et s.
- LOQUIN E., « Arbitrage – Compétence arbitrale – Etendue », Jurisclasseur Fasc. Proc. Civ., 1986, 1032, p. 28 et s.
- MATRAY L. : « La déontologie de l'arbitrage commercial international », RIDC 1985, p.111 et s.
- MATRAY L.: « Quelques problèmes de l'arbitrage commercial international » in L'arbitrage, Mélange Albert Fettweis, Bruxelles 1989, p. 289 et s.
- MINOLI M. : « Relations entre partie et arbitre », Rev. arb. 1970, p. 223 et s.

- MOREAU B. : « La récusation des arbitres dans la jurisprudence récente », Rev. arb. 1975, p. 223 et s.
- MOREAU Bertrand : « La récusation des arbitres dans la jurisprudence récentes », Rev. arb. 1975, p. 224 et s.
- MOTULSKY H. : « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », publié in Ecrits. Etudes et notes de procédure civile. Préface de G. Cornu et J. Foyer, Dalloz, I- 1973, p. 60 et s.
- MOTULSKY H.: Ecrits, t. 2: « Études et notes sur l'arbitrage », Dalloz, 1974, p.6 et s.
- OPPETIT B.: « Justice étatique et justice arbitrale », Etudes offertes à P. Bellet, p. 418 et s.
- OPPETIT Bruno: « Arbitrage institutionnel et arbitrage contractuel », Rev. arb. 1977, p. 315 et s.
- Rapport de la CNUDCI sur les travaux de la 18ème session, 3-21 juin 1985, Assemblée générale, documents officiels : 40ème session, supplément N. 17, (A 4017).
- Rapport de la Commission du 12 décembre 1983 dans l'affaire Bramelid et Malmström c/Suède, N. 33, p. 27.
- Rapport final de M. L. SINGHAVI, du 31 juillet 1985 : « L'administration de la justice et les droits de l'homme détenus : étude sur l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, des jurés et assesseurs et sur l'indépendance des avocats », Documents Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1985/18, N. 72 et s.
- Rapport final pour la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, du 31 juillet 1985, cit., N. 188 et N. 64.
- Rapport final sur le statut de l'arbitre, Principe élémentaires d'un statut de l'arbitre international, Bull. CCI mai 1996, Rev. arb. 1996, p. 559 et s.
- TREMBLAI Jean Frai : « Essais sur l'idée de Parfait Magistrat », 1701, p. 578 et s.
- Yearbook, 1989, p. 274.

JURISPRUDENCE:

- CA Paris 1re Ch., 14 décembre 1967, Galeries Lafayette c/ Consorts Ury, Rev. arb. 1968, p. 59 et s.

- CA Paris 1re Ch. civ., 7 mai 1968, Le Moy c/ Hersant, Dalloz 1968, p. 513 et s., note J. Robert.
- CA Paris, 8 mai 1970, Galeries Lafayette c/ Ury, Conclusions de M. l'avocat général Granjon, dans cette affaire, Rev. arb. 1970, p. 91 adde note Jean Robert Dalloz 1970, p. 638 et s.
- CA Paris 4ème Ch., 8 juillet 1970, Compagnie des Freins et Signaux Westinghouse c/ Société Triflux et MM. Mercier, Dubreuil, Benezeth es-q., Rev. Arb. 1970, p. 95 et s.
- CA Paris, 8 juin 1972 Woltz c/ S.O.D.I.P.A.R, Rev. arb. 1973, p. 38 et s.
- CA Paris 1re Ch. C., 29 juin 1972, Le Petit Méridional c/ SNEP, Dalloz 1973, p. 176 et s.
- CA Paris 1re Ch. C., 4 décembre 1979, René Cornu c/ Comptoir Commercial André et Cie, Rev. arb. 1981, p. 146 et s. note J. Rubellin-Devichi.
- CA Paris, 13 mars 1981, Cornet et fils c/ UNCAC, Rev. arb. 1983, p.83 et s.
- CA Paris, 19 mars 1981, D. Barre c/ société Les Solidaires, Rev. arb. 1982, p. 84. et s. note J. Viatte.
- CA Paris, 13 janvier 1984, 1re Ch. Suppl., Société Cente d'information pour groupements d'achats (C.I.G.A.) c/ Société La Margeride, Madame Reau, Syndic au reglement judiciaire de la société La Margeride, Rev. arb. 1984, p. 531 et s.
- CA Paris 1re Ch. suppl., 20 décembre 1984, G.P.L.A. c/ Canal Harbour Worms, Rev. arb. 1987, p. 49 et s.
- CA Paris 1re Ch. sect. A, 15 mai 1985, Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias c/ Chambre de commerce international, Rev. arb. 1985, p. 147 et s.
- CA Paris, 28 avril 1988, Matra c/ Alkan, Rev. arb. 1989, p. 280 et s.
- CA Paris 1re Ch. suppl., 2 juin 1989 Société T.A.I., E.S.W. et I.E.C. c/ sociétés S.I.A.P.E., Engrais de Gabès, Mme Lafont ès qual. et Ferrari, Rev. arb. 1991 p. 87 et s.
- CA Paris 1re Ch. Suppl., 2 juin 1989, Société Germanco c/ société S.A.E.P.A. et S. I. A. P.E., Rev. arb. 1991, p.92 et s., obs. Cl. Reymond in Rev. arb., 1991, p.3 et s.
- CA Paris 1re Ch. suppl., 6 avril 1990, Philipp Brothers c/ Icco, Rev. arb. 1990, p. 883 et s., note M. de Boissésou.
- CA Paris 1re Ch. suppl., 5 juillet 1990, Société Uni-inter c/ société Maillard, Rev. arb. 1991, p. 360 et s.

- CA Paris 1re Ch. Suppl., 28 juin 1991 KFTCIC c/ Icori Estero, Rev. arb., 1992, p.568 et s.
- CA Paris 1re Ch. C., 9 avril 1992, Société Annahold BV et autre c/ SA l'Oréal et autres, Rev. arb. 1996, p. 487 et s.
- CA Paris 1re Ch. Suppl., 26 mai 1992, Société Guyapêche c/ Société Export AB Frantz Witte, Rev arb. 1993, p. 441 et s.
- CA Paris 1re Ch. suppl., 4 juin 1992, Wattelet c/ société Geteba et Lorquin, Rev. arb. 1993, p. 449 et s., note Antoine Hory.
- CA Paris 1re Ch. civ., 2 juillet 1992, Société Raoul Duval c/ société Merkuria Sucden, Rev. arb. 1996, p. 411 et s.
- CA Paris 1re Ch. C., 10 mai 1994, Sheikh Mahfouz Salem Bin Mahfouz c/ Société Al Tayar, Rev. arb. 1996, p. 66 et s. note Ch. Jarrosson.
- CA Paris 1re Ch. C., 10 mai 1994, Uzinexportimport Romanian Co c/ Attock Cement Co, Rev. arb. 1995, p.107 et s., note Sigvard Jarvin.
- CA Paris 1re Ch. C., 27 octobre 1994, LTDC c/ société Reynolds, Rev. arb. 1994, p. 709 et s.
- CA Paris 1re Ch. C., 12 janvier 1995, Société Ardi et autres c/ société Scapnor et autre, Rev. arb. 1996, p. 72 et s.
- CA Paris, 23 mars 1995, Société Maec SA, Société Domiticom Sarl c/ P. Mumbach, RTD Com. 1995, p. 588 et s., note E. Loquin.
- CA Paris 1re Ch. C., 12 janvier 1996, Gouvernement del'Etat Qatar c/ Creighton Ltd., Rev. arb. 1996, p. 434 et s.
- CA Paris, 12 novembre 1998, Sociétés civile financière Azzaro Finazza et autres c/ consorts Cattan, RTD com. 1999, p. 371 et s. obs. E. Loquin.
- CA Paris 1re Ch. C., 12 janvier 1999, SA Milan Presse c/ société Média Sud communication, Rev. arb. 1999, p. 381.
- CA Paris, 23 février 1999, SARL C. E.A.H. c/ SA Sogebor, RTD com. 1999, p. 371 et s., obs. E. Loquin.
- CA Paris 1re Ch. C., 28 octobre 1999, SA Fretal c/ SA ITM Entreprises, Rev. arb. 2000, p. 299 et s.
- Cass. Ch. Civ., 2ème Sect. Civ., 29 janvier 1960, Société Veuve J. Houdet et Fils c/ Chambre arbitrale de l'Union des Grains et Farines de Bordeaux, Rev. arb. 1960, p. 121 et s.

- Cass. 2ème civ., 15 fév. 1968, Centromor c/ Latron, Bull. Civ., II, n.57.
- Cass. 2ème civ. 13 avril 1972, Consorts Ury c/ Galeries Lafayette, Dalloz 1973, p.2, note J. Robert; adde Rev. arb., 1975, p. 235 et s., note Eric Loquin.
- Cass. 2ème Civ., 20 fév. 1974, Forges et Ateliers de Commentry Oissel et autres c/ Hydrocarbon Engineering et autre, Rev. arb. 1975, p.238 et s.
- Cass. 2ème Civ., 31 mars 1978, Société Métal Profil c/ Société Intercraft, Rev. arb. 1979, p. 457 et s. note Ph. Fouchard.
- Cass. 2ème Civ., 3 juillet 1985, Epoux Baucher c/ Epoux Vattaire, Conclusions de l'avocat général Lucien Charbonnier, sous Dalloz 1986, p. 546 et s.
- Cass. 2ème Civ., 7 octobre 1987, Société Opinter France c/ S.a.r.l. Dacomex, Rev. arb. 1987, p. 479 et s., note Mezger.
- Cass. 2ème Civ., 14 novembre 1990, Société Graine d'Elite Clause c/ Gérin, Rev. arb. 1991, p. 75 et s., note Ch. Jarrosson adde RTD Com. 1992, p. 167 et s., Note E. Loquin.
- Cass. Ch. Com. 29 octobre 1991, M. Gruwez Lexilaser Cassation.
- Cass. 1re civ., 24 mars 1998 (Sté Excelsior Film TV), JDI 1999, p. 159 et s., note A. E. Kahn.
- Cass. Ch. 1re Civ., 28 avril 1998, Grattilora c/ Proc. gén. Pres CA Aix-en-Provence, RTD civ. 1998, p. 744 et s., note Roger Perrot.
- Cass. Ch. 1re G., 2 avril 2003, Fremarc c/ ITM Entreprises, Rev. arb. 2003/2, p. 1232 et s.
- Cass. 2ème Ch. civ., 12 février 2004, M. c/ société Groupe Capitales (Perinvest), Rev. arb. 2004 , p. 359 et s.
- Décision de la Commission de la Convention européenne des droits de l'homme, du 5 mars 1962, Vol. 5, p. 89
- TGI Paris (Ord. Réf.), 22 avril 1983, Société S. c/ Société G., Rev. arb., 1983, p. 479 et s.
- TGI Paris, (Réf.), 30 mai 1986 et 30 oct. 1986, République de Guinée c/ Chambre Arbitrale de Paris et autres, Rev. arb. 1987, p. 371 et s.
- TGI Paris, 1ère Ch., 1ère Sect., 28 janvier 1987, République de Guinée c/ Chambre Arbitrale de Paris et autres, Rev. arb. 1987, p. 371 et s. commentés par Ph. Fouchard.

- TGI Paris (Réf.), 22 mai 1987, Transportacion Maritima Mexicana S.A. c/ Société Alsthom, Rev. arb. 1988, p. 700 et s.
- TGI Paris, 1ère ch. Arbitrale, 18 novembre 1987 et 4 mai 1988, République de Guinée c/ MM. R. et O., Rev. arb. 1988, p. 657 et s., note Ph. Fouchard.
- TGI Paris (Réf.), 15 janvier 1988, Société des Equipements industriels Stolz S.A. c/ société Equipements Letierce et autre, Rev. arb. 1988, p. 316 et s., note J. Robert.
- TGI Paris, 23 juin 1988, République de Guinée c/ MM. R. et O., Rev. arb. 1988, N. 19, p. 668 et s., note Ph. Fouchard.
- TGI Paris (Réf.), 28 oct. 1988, Drexel Burnham, Lambert et autres c/ Philipp Brothers et autres, Rev. arb. 1990, p. 497.
- TGI Paris, Ord. Réf., 14 juin 1989, 28 juin 1989 et 15 juillet 1989 Drexel Lambert c/ Philipp Brothers, Rev. arb. 1990, p. 497 note Ph. Fouchard.
- TGI Paris (Réf.), 21 septembre 1989, Société La Belle Créole S.A. c/ Société The Gemtel Partnership, Rev. Arb. 1990, p. 176, note Philippe Kahn.
- TGI Paris, 13 juin 1990, Bompard c/ Consorts X et Y, GP 1990, Sommaire p. 417 adde Rev. arb. 1996, p. 477 et s.
- TGI Paris (Réf.), 2 juillet 1990, Société Annahold BV et d. Frydman c/ Société L'Oréal et B., Rev. arb. 1996, p. 485 et s.
- TGI Paris, 1er avril 1993, État de Dubai et société Dubai Drydocks c/ sociétés Halcrow et F. Mc Williams, Rev. arb., 1993, p.455 et s., note P. Bellet.

